

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

De la Séparation des Pouvoirs
De quelques-unes
de ses principales exceptions
dans la Constitution de 1875

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

Robert CRUBÉZY

pour obtenir le grade de Docteur en Droit

JURY

MM. DE NESMES DESMARETS. professeur, *Président*

MOYE, doyen honoraire, professeur.

DELBEZ, professeur.

Assesseurs

Imprimerie J. MAZET-PONS
64, Avenue Gambetta
BÉZIERS

1938

De la Séparation des Pouvoirs

**De quelques-unes
de ses principales exceptions
dans la Constitution de 1875**

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

De la Séparation des Pouvoirs

De quelques-unes de ses principales exceptions dans la Constitution de 1875

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

Robert CRUBÉZY

pour obtenir le grade de Docteur en Droit

JURY

MM. DE NESMES DESMARETS. professeur, *Président*
MOYE, doyen honoraire, professeur.
DELBEZ, professeur. *Assesseurs*

Imprimerie J. MAZET-PONS
64, Avenue Gambetta
BÉZIERS

1938



A MES PARENTS

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MM.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International Public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, professeur de Droit commercial.

ANTONELLI, professeur d'Economie politique.

DELBEZ, professeur de Droit constitutionnel.

TISSET, professeur d'Histoire du Droit.

ELLUL, Chargé de Cours de Droit romain.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

MORINI-COMBY, Chargé d'un Cours d'Economie politique.

BABY, Secrétaire.

DUBOIS, Secrétaire honoraire.

JURY

MM. DE NESMES-DESMARETS, *président*;

MOYE, *assesseur*;

DELBEZ, *assesseur*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

Traités

- BARTHÉLEMY. — Traité élémentaire de droit constitutionnel (1933, Nouvelle Edition, Paris, Dalloz).
- BERTHÉLEMY. — Traité élémentaire de droit administratif (1933, XIII^e Edition, Paris, Rousseau).
- BONNARD. — Précis élémentaire de droit public (1934, III^e Edition, Paris, Sirey).
- DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel (Edition de Brocard, 5 vol.) (III^e Edition, Paris, 1927-30).
- ESMEIN. — Elément de droit constitutionnel français et comparé (III^e Edition, Paris, 1927-1928).
- HAURIU. — Précis élémentaire de droit administratif, Paris, 1933-1934).
- Précis élémentaire de droit constitutionnel (Paris, 1933-1934).

Ouvrages Généraux

- BARTHÉLEMY. — Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes (Paris, 1906).
- CARRÉ DE MALBERG. — Contribution à la théorie générale de l'Etat (1924).
- DÉJAMME. — Du pouvoir réglementaire, Paris, 1893).

- DENYS. — Les garanties de la liberté individuelle, analyse et commentaire des dispositions législatives concernant la liberté individuelle, en particulier la loi du 7 février 1933 (Paris, Sirey, 1933).
- DUBOIS, RICHARD. — L'organisation technique de l'Etat (Recueil, Sirey, 1930).
- FUZIER-HERMAN. — La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé (Paris, 1880).
- GIRAULT. — Principes de législation coloniale (IV^e Edition, Paris, 1921).
- SAINT-GIRONS. — Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire (Paris, 1881).
- GOUET. — La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois (Paris, Dalloz, 1932).
- JÈZE. — Les principes généraux du droit administratif (III^e Edition, Paris, Marcel Giard, 1925).
- MASPÉTIOL. — L'Etat et son pouvoir (1937, Paris, Edition A. (Pédone)).
- MIRKINE GUETZEVITCH. — Les nouvelles tendances du droit constitutionnel (II^e Edition, 1936).
- MONTESQUIEU. — L'Esprit des lois (Paris, Didot).
- POISSON. — Le conflit d'attribution (Paris, 1880).
- SIGNORET. — Les décrets-lois de 1924 et 1926 (1928).
— Le pouvoir exécutif en temps de guerre. Etude de législation comparée (Extrait de la *Revue Générale d'Administration, Ministère de l'Intérieur*, 1922).
- STUART MILL. — Le Gouvernement représentatif (traduit par Dupont White, III^e Edition, Paris, 1877).
- TINGSTIN. — Les pleins pouvoirs; l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre (Traduit du suédois par E. Söderlindh, publication du Fond Descartes, Librairie Stock).
- WILSON (Woodrow). — Le Gouvernement Congressionnel. Etude sur la politique américaine (traduit sur la XIII^e Edition avec préface d'Henri Wallon) (Paris, V. Giardot, E. Brière, 1930).

Thèses

- ARNITZ. — Les enquêtes parlementaires d'ordre politique (*Thèse*, Paris, 1917).
- BIDON. — Le Tribunal des conflits, son rôle et son activité depuis sa reconstitution en 1872 (*Thèse*, Paris, 1917).
- BIGNE DE VILLENEUVE (DE LA). — La fin du principe de la séparation des pouvoirs, les nouvelles formules de la statologie sociale (*Thèse*, Grenoble, 1933).
- BOISSIER. — Le principe de la séparation des pouvoirs dans l'établissement de la démocratie suisse (*Thèse*, Genève, 1919).
- BONNEFOY-SIBOUR. — Le pouvoir législatif aux colonies. Essai historique sur le droit de légiférer en matière coloniale (*Thèse*, Montpellier, 1908).
- CHANTRY. — La vérification des pouvoirs des députés en France (*Thèse*, Paris, 1904).
- CHASTEL. — De la Haute Cour de Justice suivant la législation et la constitution françaises actuelles (*Thèse*, Paris, 1909).
- CHASTENET. — Du Sénat constitué en Haute Cour de Justice (*Thèse*, 1918).
- COUSTIS DE LA RIVIÈRE. — Les Commissions parlementaires d'enquête et la séparation des pouvoirs (*Thèse*, Rennes, 1926).
- DILHAC. — Les pouvoirs de police judiciaire et d'instruction préparatoire des préfets (Article 10 du Code d'Instruction criminelle, loi du 25 mars 1935) (*Thèse*, Rennes, 1937).
- DUPUICH. — Le régime législatif des colonies françaises (*Thèse*, Paris, 1912).
- FÉLIX. — L'histoire du conflit d'attribution. Etude historique du contentieux administratif (*Thèse*, Paris, 1899).
- HAIKAL. — La dissolution de la Chambre des députés (*Thèse*, Paris, 1935).
- IPRANOSSIAN. — La colonisation et le législateur colonial français (*Thèse*, Paris, 1916).

- KOEHLER. — Le conflit de compétence (Strasbourg, 1843).
- LABANOWSKI. — La réforme de la justice politique en France (*Thèse*, Lille, 1925).
- LINAIS. — Le pouvoir judiciaire considéré dans ses rapports avec les autres pouvoirs (*Thèse*, Paris, 1917).
- MALLIAVIN. — La délégation en droit public (*Thèse*, Paris, 1920).
- MANDRETTE. — De la Haute Cour de Justice suivant la constitution et la législation françaises actuelles (*Thèse*, Toulouse, 1891).
- MARIZIS. — Les pouvoirs judiciaires du préfet, et l'article 10 du Code d'Instruction criminelle (*Thèse*, Paris, 1914).
- MARCHANDEAU. — De la vérification des pouvoirs devant les Chambres françaises (*Thèse*, Paris, 1909).
- MARTIN. — La détention préventive et la liberté provisoire. Etude sur la loi du 7 février 1933 (*Thèse*, Rennes, 1935).
- MELLIS (Paul DE). — Le principe de la séparation des pouvoirs d'après l'Abbé de Mably (*Thèse*, Toulouse, 1907).
- MURPHY. — Le conflit d'attribution (Strasbourg, 1845).
- NADAL. — Attributions du Président de la République en France et aux Etats-Unis (*Thèse*, Toulouse, 1909).
- ONISOR. — Les décrets-lois et le droit de circonstance au cours de la guerre mondiale (*Thèse*, Paris, 1933).
- PETIT. — Les préfets et le Code d'Instruction criminelle, article 10 (*Thèse*, Paris, 1903).
- PEWEI S. S. LUI. — De l'élargissement du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat en France (*Thèse*, Paris, 1934).
- PICHAT. — Les décrets en matière législative (*Thèse*, Paris, 1935).
- POPESCO. — La responsabilité pénale des Ministres devant la Haute Cour de Justice en France (*Thèse*, Bordeaux, 1933).
- SERP. — Des rapports des pouvoirs législatif et exécutif dans la Constitution américaine de 1787 et la Constitution française de 1875 (*Thèse*, Toulouse, 1906).
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	15
PREMIERE PARTIE	
SECTION 1 ^{re} . — Le problème de la séparation des pouvoirs.	19
CHAPITRE PREMIER. — <i>Historique de la séparation des pouvoirs. — Généralités</i>	20
§ 1 ^{er} . Sources de la séparation des pouvoirs.	22
a) Antiquité.	22
b) Ancien régime.	24
§ 2. De la Révolution de 1789 à nos jours : Applications de la Séparation des pouvoirs.	34
a) De 1789 à 1848.	35
b) De 1848 à 1875.	39
c) De nos jours.	42
CHAPITRE II. — <i>Conception moderne de la séparation des pouvoirs. — Introduction</i>	44
§ 1 ^{er} . Théorie de Montesquieu.	45
§ 2. Comment peut se comprendre la séparation des pouvoirs.	49
a) Expérience américaine de séparation absolue.	50
b) La Constitution de 1875.	53
c) Opinion des auteurs modernes.	56
SECTION 2 ^e . — Y a-t-il deux ou trois pouvoirs ?	72
Généralités.	72

CHAPITRE PREMIER. — <i>Situation de la justice parmi les autres pouvoirs.</i>	74
§ 1 ^{er} . Etude historique.	74
§ 2. La justice est-elle un pouvoir séparé de nos jours ?	76
CHAPITRE II. — <i>Question du contentieux administratif.</i>	81

DEUXIEME PARTIE

Limitations à la séparation des pouvoirs.	88
SECTION 1 ^{re} . — <i>Limitations apportées par l'exécutif ou législatif.</i>	89
(1) Initiative des lois.	89
(2) Veto suspensif.	90
(3) Droit de message.	92
(4) Droit de dissolution.	92
SECTION 2 ^e . — <i>Limitations apportées par le législatif à l'exécutif.</i>	94
(1) L'interpellation.	94
(2) Vote du budget.	95
(3) Loi des comptes.	96

TROISIEME PARTIE

Les exceptions à la séparation des pouvoirs.	98
Généralités. — Introduction.	98
Loi Travenuec.	100
TITRE PREMIER. — <i>Exceptions provenant du pouvoir législatif.</i>	109
SECTION 1 ^{re} . — <i>Le Sénat, Haute Cour de justice.</i>	109
CHAPITRE PREMIER. — <i>Historique.</i>	110
CHAPITRE II. — <i>Procédure et pouvoirs.</i>	113
CHAPITRE III. — <i>Avantages et inconvénients.</i>	127
CHAPITRE IV. — <i>Tentatives de réforme.</i>	132

SECTION 2°. — <i>Vérification des pouvoirs</i>	135
CHAPITRE PREMIER. — Historique.....	135
CHAPITRE II. — Procédure.....	137
CHAPITRE III. — Que faut-il penser de la vérification des pouvoirs ?..	140
CHAPITRE IV. — Systèmes proposés pour réformer la vérification des pouvoirs.....	146
Conclusion.	150
SECTION 3°. — <i>Les Commissions d'enquête: Loi du 23 mars 1914</i>	151
CHAPITRE PREMIER. — Précédents historiques.....	152
CHAPITRE II. — Loi du 23 mars 1914.....	155
CHAPITRE III. — Y a-t-il atteinte à la séparation des pouvoirs ?..	158
Conclusion.	161
TITRE II. — Exceptions provenant du pouvoir exécutif	165
SECTIONS 1 ^{re} . — <i>Empiètements de l'exécutif sur le judi- ciaire</i>	166
CHAPITRE PREMIER. — Elévation du conflit.....	166
Historique.	167
§ 1 ^{er} . Ordonnance du 1 ^{er} juin 1828.....	168
§ 2. Elévation du conflit.....	169
§ 3. Appréciations.	171
CHAPITRE II. — L'article 10 du Code d'instruction cri- minelle.....	174
§ 1 ^{er} . Evolution jusqu'à la loi du 25 mars 1935..	174
§ 2. Loi du 25 mars 1935. — Le nouvel article 10.	179
§ 3. Exception à la séparation des pouvoirs.....	183
SECTION 2°. — <i>Empiètements de l'exécutif sur le législatif</i>	
CHAPITRE PREMIER. — Du pouvoir réglementaire et de son extension.	185
Historique.	186
§ 1 ^{er} . Etude du pouvoir réglementaire.....	187
§ 2. Nature du règlement.....	188

§ 3. Fondement du pouvoir réglementaire.....	189
§ 4. Extension possible.	192
CHAPITRE II. — Le régime douanier.....	194
§ 1 ^{er} . Développement. — Historique.....	194
§ 2. Appréciations.	197
CHAPITRE III. — Législation Coloniale.....	200
§ 1 ^{er} . Précédents historiques.....	201
§ 2. Système actuel.	203
§ 3. Observations.	206
§ 4. Réforme possible.	209
CHAPITRE IV. — Pleins pouvoirs en temps de guerre.	212
§ 1 ^{er} . Décrets faits par le Gouvernement de sa propre autorité.	212
§ 2. Lois d'habitation.....	215
§ 3. Essai de justification.....	216
§ 4. Attitude de la jurisprudence.....	219
§ 5. Pays étrangers.....	220
Conclusion.	221
CHAPITRE V. — Les Décrets-lois.....	223
§ 1 ^{er} . Historique.....	223
§ 2. Les Décrets-lois.	225
§ 3. Essai de justification.....	232
§ 4. Domaine du Décret-loi.....	233
§ 5. Le Décret-loi et la séparation des pouvoirs..	234
§ 6. Analyse du Décret-loi.....	236
§ 7. Pays étrangers.	239
Conclusion.	243



INTRODUCTION

Montesquieu, après un séjour en Angleterre, où il avait pu, tout à loisir, étudier les différences qui existaient entre le régime absolutiste français, admettant la confusion des pouvoirs, et le régime anglais, qui au contraire comportait dans une certaine mesure leur séparation, écrivait en 1748 :

« Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même Sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est plus séparée de la puissance législative et de l'exécutrice; si elle était jointe à la puissance législative le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur; si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

« Tout serait perdu si le même homme ou le même corps de principaux ou de nobles ou du peuple exerçait ces trois pouvoirs, celui de faire les lois, celui d'exécuter des résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. » (*Esprit des lois*, Livre XI, chap. VI.)

Près d'un demi-siècle avant la révolution, Montesquieu nous donne une explication nette de la séparation des pouvoirs; il apporte en quelque sorte la dernière pierre à l'édifice en chantier depuis Aristote. Les diverses théories émises jusqu'alors sur la séparation des pouvoirs, sauf peut-être, celles de Locke, inspirateur direct de Montesquieu, étaient confuses et ne présentaient pas un système vraiment pratique. Montesquieu est donc le premier, en France, à énoncer clairement le problème et à en donner une solution satisfaisante.

A cette époque déjà se dessinait un mouvement contre les abus de toutes sortes dont se rendait coupable le Roi au pouvoir absolu, et venant s'ajouter à celles de Voltaire et de Rousseau, les idées de Montesquieu créent un puissant courant d'opinion. L'esprit des lois connut une énorme diffusion et jusqu'à la Révolution fit des adeptes chaque jour plus nombreux.

La révolution vient à peine, en quelques jours, de jeter bas les institutions, lentement et progressivement élaborées sous l'ancien Régime, que la Constituante, dans sa « Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen », du 26 août 1789, proclame dans son article 16 :

« Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution. »

C'est en ces termes peremptoires que les hommes nouveaux énoncent le principe qui devait être la base de notre droit public.

L'Assemblée constituante, pour en finir avec des institutions qu'elle juge périmées et dangereuses pour la liberté, et, décidée à « liquider » ainsi complètement l'ancien régime pose brutalement ce principe qui, à ses yeux, n'admet pas de discussions. Dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres la réaction est violente et aveugle, l'ancien

régime admettait la confusion des pouvoirs, nous, nous proclamons leur séparation absolue, semblent vouloir dire les constituants. Alors qu'en 1875 nous verrons la Constitution s'élaborer dans un esprit de conciliation et de transaction, en 1789, on fait table rase du passé et l'on construit l'avenir sur des idées. Les résultats ne se font pas attendre, la mesure trop radicale ne donne que des déceptions.

Depuis, de nombreux régimes se sont succédés; la France a traversé de nombreuses épreuves, des événements intérieurs et extérieurs ont souvent modifié profondément nos institutions. Notre pays a connu tour à tour des régimes de stricte séparation, des régimes de confusion et enfin des régimes d'équilibre et de collaboration entre les pouvoirs.

Peut-on dire que la Constitution qui nous régit aujourd'hui admet la séparation des pouvoirs ? Telle est la question qu'il nous faut maintenant nous poser. En 1875, nous voyons, pour la première fois, en France, se greffer un régime parlementaire sur un gouvernement républicain. Dans un tel régime, il n'y a ni confusion ni séparation stricte des pouvoirs; nous voyons simplement collaborer des pouvoirs séparés. Chaque pouvoir a un noyau d'attributions propres, mais ce noyau est lui-même entouré d'une zone indéterminées dans laquelle les divers pouvoirs voient chevaucher leurs attributions. Nous ne pouvons mieux exprimer cet enchevêtrement qu'en disant : chaque pouvoir a des attributions qui lui sont propres; il ne les exerce pas toutes; mais en revanche, il n'exerce pas que celles-ci.

Si nous voulions étudier toutes les exceptions à la séparation des pouvoirs, c'est la plus grande partie de nos institutions qu'il nous faudrait passer en revue, tant le principe a été déformé; notre but est plus modeste. Nous passerons très rapidement, en ne signalant que les principales, sur ce que nous appellerons des limitations à la séparation; ce sont bien aussi des exceptions, mais qui

n'entraînent pas de trop graves conséquences et assurent en quelque sorte l'intime collaboration en même temps qu'un salubre contrôle des pouvoirs les uns par les autres; ceci est la base même de notre régime parlementaire. A côté de cela, nous constatons que dans de nombreux cas les intrusions d'un pouvoir dans le champ d'action habituellement réservé à un autre, sont nettement abusives et constituent une violation flagrante de la séparation des pouvoirs, qui, si elle n'est pas expressément admise par nos textes constitutionnels, n'en a pas moins sa place dans nos institutions. Ce sont plus particulièrement ces cas d'extension abusive des compétences que nous nous proposons d'étudier.

Avant d'en étudier les exceptions, dans une première partie, nous poserons le problème de la séparation des pouvoirs. Un historique nous conduira des sources du principe aux applications modernes. Pour terminer nous ferons appel aux opinions d'un certain nombre d'auteurs sur la question.

Une deuxième partie nous permettra d'étudier brièvement ce que nous avons appelé des limitations à la séparation des pouvoirs.

Enfin, dans une troisième partie, nous envisagerons d'une façon plus complète les atteintes les plus marquantes à la séparation des pouvoirs et qui sont à proprement parler les exceptions.

PREMIÈRE PARTIE

SECTION PREMIÈRE

LE PROBLÈME DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Généralités

§ 1^{er}. *Sources de la Séparation des Pouvoirs.*

- a) Antiquité.
- b) Ancien Régime.

§ 2. *De la Révolution de 1789 à nos jours.*
Applications de la Séparation des Pouvoirs.

- a) De 1789 à 1848.
- b) De 1848 à 1875.
- c) De nos jours.

Conclusion

Généralités.

Avant d'entreprendre l'étude de la théorie de la séparation des pouvoirs et de nous demander ce qu'est devenu, de nos jours, ce principe, nous allons essayer de retracer dans un bref historique, tout d'abord ses origines, plutôt théoriques que pratiques, qui vont de l'antiquité à la révolution; nous verrons ensuite les applications qui en ont été faites chez nous, depuis 1789.

Pour étudier la séparation des pouvoirs, il faudrait au moins en donner une définition; cela nous permettra ainsi, par simple comparaison, de juger si le principe a été appliqué ou non dans les Constitutions qui nous ont précédé. Cette définition nous l'empruntons à Saint-Girons (*Essai sur la séparation des pouvoirs dans le droit public français*, Paris, 1881, p. 2). Elle nous paraît acceptable, et si elle ne parle pas de la justice, dont on discute encore pour savoir si elle forme oui ou non un pouvoir séparé, elle donne tout de même une idée exacte de la séparation des pouvoirs en reprenant les grandes idées de Montesquieu et de la plupart des théoriciens qui ont étudié la question. La séparation des pouvoirs peut donc se définir ainsi : « La distinction des deux organes chargés d'exercer les fonctions législatives et exécutives, organes indépendants l'un de l'autre, agissant en toute liberté dans leur sphère propre, unis dans leur action pour produire l'harmonie et possédant l'un sur l'autre des moyens d'influence qui leur permettent de se défendre contre tout empiètement et, dans l'hypothèse de conflit prolongé, de donner le dernier mot à la nation qu'ils représentent. »

La séparation des pouvoirs ne peut jouer que dans un état de civilisation assez avancée. Au début, la vie sociale n'existe pas. La famille commence tout d'abord à s'orga-

niser, le Chef a tous pouvoirs sur les membres qui la composent. Un jour, ces familles isolées se groupent en tribu ou clan dont le chef sera l'homme le plus fort; la réunion de ces tribus formera ensuite l'état. Le chef va souvent en être un guerrier, car la naissance de ces divers états aura lieu à la suite d'alliances offensives ou défensives contre un ennemi commun ou à la suite de conquêtes. Les premiers chefs d'état seront donc presque toujours des chefs militaires en qui les individus composant la tribu d'abord, l'état ensuite, auront placé leur confiance et entre les mains desquels ils auront abandonné tous pouvoirs pour qu'ils les mènent à la victoire ou qu'ils maintiennent l'ordre à l'intérieur et la paix avec les états voisins. Le chef aura donc en main tous les pouvoirs, exécutif, législatif et de justice; mais à mesure que l'Etat s'organise il sera obligé de déléguer une partie de ses fonctions; cependant il ne le fera que sous réserve de pouvoir à tout instant se substituer à ses subordonnés, quand l'affaire l'intéressera plus particulièrement ou qu'il le jugera nécessaire. Fuzier Herman, dans son bel ouvrage sur « la séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé » (Paris, 1880, p. 30) nous dit: « Primitivement (dans les sociétés des temps primitifs), le chef, le juge, le législateur, le prêtre, le père, l'époux, le maître, le propriétaire, tout cela ne faisait qu'un, tous ces droits reposaient sur une même tête, et le nombre des siècles qu'il a fallu, non seulement pour les dégager les uns des autres, mais pour discerner leurs différences de nature est incalculable, la loi du plus fort fut longtemps la loi unique. »

Lentement, à mesure que l'état aura acquis un certain stade de civilisation, l'idée de séparation des pouvoirs se fera jour. Les chefs d'Etat, en exerçant tous les pouvoirs qu'on leur avait confiés primitivement pour assurer l'existence de l'Etat naissant, se livreront à de tels abus

que les sujets s'insurgeront contre l'arbitraire auquel finalement conduit le pouvoir absolu. Ce mouvement aboutira à la Révolution de 1789.

A partir des constitutions révolutionnaires, la séparation des pouvoirs sera bien souvent malmenée, mais on ne pourra plus arriver à l'étouffer complètement; elle aura toujours une place plus ou moins grande, selon les divers régimes, dans les rapports des pouvoirs entre eux.

§ 1^{er}. SOURCES DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

A) *Antiquité.*

Fuzier Herman remonte très haut quand il recherche les origines de la séparation des pouvoirs, puisque c'est aux Indes que nous devons le suivre plusieurs siècles avant Jésus-Christ.

Dans ces pays, le Roi appartient à la classe des Rajahs ou guerriers; le sacerdoce est réservé à la classe supérieure des Brahmanes. Les lois étant des coutumes religieuses, le Roi ne peut les changer que d'accord avec les Brahmanes qui partagent avec lui le pouvoir législatif ainsi que le pouvoir judiciaire. De même, chez les Perses et les Egyptiens, les prêtres ont une grande part dans la direction de l'Etat. Mais nous ne voyons ici qu'une ébauche de la séparation des pouvoirs.

A Athènes, tous les pouvoirs sont confondus dans les mêmes mains, celles d'un Roi ou Archonte nommé, tout d'abord à vie, puis annuel, bientôt même on en nomme plusieurs à la fois; il n'y a donc pas ici de séparation des pouvoirs. Nous trouvons ensuite une sorte de démocratie : Assemblée populaire aux pouvoirs étendus, sans frein sérieux, qui finit dans la démagogie. Athènes finit par

devenir esclave pour ne pas avoir su limiter la souveraineté nationale. Sparte évite les écueils de la démagogie, mais pour tomber dans les excès du plus dur gouvernement aristocratique.

Certains auteurs ont voulu voir dans les théories de Platon une explication de la séparation des pouvoirs. Que faut-il en penser ? Platon conçoit l'Etat comme un être humain dont il s'agit d'harmoniser les facultés dans la Société politique : la fonction de réflexion et de direction doit appartenir aux philosophes qui seront la tête de l'Etat comme les guerriers en seront le cœur et les agriculteurs et les commerçants le ventre. Cette théorie a surtout une valeur philosophique, mais au point de vue pratique ne donne rien de sérieux. Quant à Aristote (*Politique*, livre IV, chap. VIII et livre VI, chap. XI), il distinguait dans le gouvernement, l'Assemblée générale délibérant sur toutes les affaires publiques, le corps des magistrats (fonctionnaires) et un corps judiciaire, mais ceci n'était qu'une analyse purement théorique de l'activité de l'Etat dont on ne songeait pas à tirer une conséquence pratique pour l'organisation constitutionnelle. Dans tout ceci, Aristote se contente de transposer sur le plan théorique la constitution de la plupart des Etats grecs d'alors et il en conclut à l'existence de trois fonctions : 1° De délibération ; 2° De commandement ; 3° De justice. Mais sa conception de l'organe de délibération est beaucoup plus large que notre pouvoir législatif, si les deux autres peuvent être assimilés aux pouvoirs exécutif et judiciaire.

A Rome, nous avons trois périodes distinctes : 1° Monarchie : Les Rois élus n'ont qu'un pouvoir de commandement militaire et celui de convoquer les Assemblées qui font les lois et jugent 2° La République : La loi est proposée par les magistrats et votée par les Comices. L'exécutif est très dispersé et s'il semble y avoir une certaine séparation

des pouvoirs, en réalité, le Sénat domine tout; 3^e Empire : Ici, nous avons abandon de la souveraineté populaire entre les mains d'un Empereur qui use de tous les pouvoirs comme il l'entend : pouvoir Césarien. A peine si l'on peut noter (sous l'empire d'Orient), et ceci est assez peu important, le souci de séparer autant que possible les emplois civils des gouverneurs de provinces des attributions militaires pour rendre moins aléatoire la sécurité du gouvernement central. Le mélange des attributions demeure donc à Rome très accentué et l'empereur finit par réunir toute la puissance de l'Etat entre ses mains.

C'est chez les Germains que nous trouvons le premier essai de séparation des pouvoirs. Il y a une différenciation entre les organes exerçant les deux principaux pouvoirs : le pouvoir exécutif est entre les mains d'un chef militaire; le pouvoir législatif est donné à une Assemblée populaire.

B) Ancien régime.

De l'invasion barbare qui amena la chute de la civilisation et des institutions Gallo-Romaines dans notre pays, jusqu'à Charlemagne va régner un désordre indescriptible. La France est formée d'une multitude d'Etats ayant chacun une organisation spéciale et le Roi de France ne peut pas se faire entendre dans un grand nombre de ces Etats qui sont quelquefois plus puissants que lui. Ces divers Etats continuent pour la plupart les traditions des tribus germaniques, c'est-à-dire qu'il y a une ébauche de séparation des pouvoirs.

Avec Charlemagne, nous assistons à un changement très net; le premier, il affirme sa volonté de Chef d'Etat. Sans

doute, tout comme les Germains, consulte-t-il, deux fois l'an, une Assemblée, mais cette Assemblée n'a rien de populaire, elle n'est composée que de grands seigneurs, on ne la consulte que sur les points les plus importants de la politique de l'Empire. En fait, Charlemagne s'attribue les pouvoirs d'un dictateur. Avec le démembrement de l'Empire tout s'écroule. Sous Charles le Chauve, les pouvoirs du Roi vont diminuer, et ceux de l'Assemblée vont au contraire croître.

En 850, l'Edit de Pistre, dit: « La loi devient irréfragable par la volonté de la nation et constitution du Roi. »

Avec la féodalité, la France va se couvrir de fiefs ayant à leur tête des seigneurs, souvent très puissants, qui cherchent à se rendre le plus possible indépendants du pouvoir royal. Le Roi lutte contre les seigneurs et commence par supprimer une grande partie de leurs droits de haute et basse justice.

Avec Hugues Capet, nous assistons à la naissance de la justice royale et, en 1214, sous Philippe-Auguste, on rend la justice au nom du Roi. Saint-Louis va faire des actes royaux applicables à tout le territoire. L'autorité du Roi pénètre ainsi, peu à peu, dans toutes les seigneuries, et, à partir de Philippe le Bel, le Roi devient absolu. Il est entouré de son Conseil, qui, le plus souvent, est à son entier dévouement; il en détache le Parlement auquel il va reconnaître le pouvoir judiciaire; il consulte aussi, de temps en temps, les Etats Généraux.

Nous allons voir s'opposer à l'absolutisme du Roi les Parlements et les Etats généraux dans toute la mesure du possible, mais, le plus souvent, cela est maladroit et reste sans succès.

Voyons tout d'abord ce que font les Etats généraux. Nous laisserons de côté les Etats provinciaux, qui jouaient, dans les provinces, un rôle à peu près identique à celui

des Etats généraux pour toute la France, ils furent souvent une gêne pour le pouvoir central qui en supprimât un certain nombre, sans pour cela arriver à les faire disparaître complètement. Les Etats généraux furent réunis pour la première fois, en 1302, par Philippe le Bel, pour régler son différend avec le Pape Boniface VIII. De 1302 à 1484, les Etats généraux sont dans la phase que nous dénommerons féodale. A cette époque, ils ne sont qu'une Assemblée de vassaux que le Roi réunit pour demander aide et conseil. Elle comprend des membres du clergé qui sont de grands seigneurs, des membres de la noblesse, puis enfin les bourgeois de certaines villes auxquelles on a accordé quelques privilèges. A partir de 1484, les Etats généraux entrent dans une seconde phase que nous pouvons appeler phase élective : les membres des divers ordres, au lieu de se déranger eux-mêmes n'envoient plus que des mandataires.

Par quels moyens les Etats généraux vont-ils essayer de de freiner l'absolutisme royal? Pour répondre à cette question, il faut connaître les principales fonctions qu'ils exerçaient: 1° Ils votaient l'impôt, ce pouvoir était toutefois illusoire car ils étaient convoqués de plus en plus rarement et n'étaient pas du tout documentés; 2° Ils donnaient leur avis sur les questions que leur soumettait le Roi, mais le Roi n'était jamais lié par les décisions qu'ils prenaient; 3° Ils présentaient des doléances agissant ici de leur propre mouvement. Cela devait vite devenir leur rôle principal. Comment tout ceci a évolué ?

En 1312, ils proclament le principe du consentement libre et nécessaire de l'impôt, la représentation nationale des intérêts cherche à s'organiser; le clergé s'occupe des intérêts spirituels, la noblesse de la défense nationale, le tiers du commerce et de l'industrie.

Dès 1484, Philippe Pôt disait que le peuple a le droit d'administrer le pays par ceux qu'il a élus. En 1576, ils

demandent aux Etats de Blois, le pouvoir législatif, le Roi étant chargé de l'exécution de la loi; mais, comme ils tendent à devenir une gêne pour le Roi, on ne les convoque plus à partir de 1626 jusqu'en 1788.

Quelle est la raison de leur échec ? Ils ne surent jamais acquérir le caractère de représentant de la nation comme les lords ou les communes en Angleterre. Etant une Assemblée intermittente, elle ne put avoir une politique suivie. Cette périodicité, souvent demandée, ils n'ont pas pu l'acquérir, car il y avait de graves désaccords entre les divers ordres. Au lieu de se préoccuper des intérêts généraux, nationaux, chaque ordre cherche à obtenir des avantages sur des points particuliers, les doléances qu'ils présentaient au Roi étaient souvent maladroites et faites dans des termes un peu trop vifs. Il faut tout de même reconnaître que les Etats généraux ont fait de méritoires efforts; ils ont donné la direction au grand mouvement législatif qui marque la transition de la féodalité aux temps modernes. Si les Etats généraux avaient été périodiques, le régime parlementaire se serait fondé d'une manière insensible comme en Angleterre, mais ils n'ont pas pu arriver à réaliser ceci et au lieu d'une monarchie libre, tempérée, dans laquelle les pouvoirs se seraient peu à peu séparés, il y a, jusqu'en 1789, une monarchie de plus en plus absolue qui sème dans les esprits la haine du pouvoir exécutif.

Comment les Parlements ont-ils pu servir de frein au pouvoir absolu du Roi ? C'est ce que nous allons étudier maintenant. Le Parlement de Paris, issu de l'ancienne « curia régis » fut seul pendant un certain temps, mais bientôt on est obligé d'en créer dans la province. Ils avaient un certain droit de contrôle sur les ordonnances royales qui n'étaient valables que quand le Parlement les avait enregistrées. Ils eurent tout d'abord un contrôle de la forme qui finit par se transformer en contrôle du fond.

Au moment de l'enregistrement, le Parlement appréciait l'opportunité, envoyait des remontrances au Roi et allait jusqu'à suspendre et même à refuser tout enregistrement de certaines ordonnances. Le Roi luttait au moyen des lettres de Jussion, il était quelquefois obligé d'en envoyer plusieurs, et parfois même il devait se déranger en personne et tenir un lit de justice pour que l'enregistrement ait lieu. Quant la résistance était trop forte, le Roi allait jusqu'à exiler ou faire emprisonner des membres du Parlement; de telles pratiques étaient nettement fâcheuses.

A partir du XVI^e siècle, il y a lutte incessante; les Parlements veulent élargir ce droit que le Roi cherche à limiter. Le droit de remontrance au cours des dernières années de l'ancien régime leur est tour à tour supprimé puis reconnu. Il faut constater que si les Parlements ont cherché à atténuer l'absolutisme royal, ils ne visaient pas précisément à atteindre la séparation des pouvoirs puisqu'ils s'ingéraient dans les affaires législatives. Pour les uns, le droit d'enregistrement et celui de remontrance sont les seuls moyens d'empêcher la tyrannie royale; pour d'autres, les Parlements commettaient un abus de pouvoir intolérable et constituaient une garantie illusoire. Quoi qu'il en soit, les Parlements parlant de plus en plus haut, Louis XVI essaya de briser une dernière fois cette résistance à la veille de la révolution. En mars 1788, il crée une Cour plénière chargée d'enregistrer les ordonnances pour toute la France. Cette mesure soulève une résistance très vive de la part des Parlements. Nous ne savons pas quels résultats aurait donnés cette Cour, car à cette époque la France traverse une grave crise financière et le Roi déclare que cette Cour n'entrera en fonction qu'après la réunion des Etats généraux. La révolution survenant, ces projets n'eurent pas de suite.

Il serait peut être utile de voir comment la séparation des pouvoirs s'est établie en Angleterre, puisque c'est la

Constitution anglaise qui a inspiré Montesquieu et une grande partie des systèmes qui ont précédé la révolution. Au moment de la conquête par les Normands, les barons vainqueurs sont riches et puissants, les Anglo-Saxons sont réduits au servage. A partir de 1.100, les barons commencent à devenir Anglais et Henri I^{er} doit consentir des libertés locales. En 1215, la Grande Charte pose le principe que l'impôt doit être voté par le Parlement. En 1265, Simon de Montfort réunit une Assemblée des gens du peuple siégeant à part (deux par bourg) qui devait être à l'origine des Communes. En 1274, sous Edouard d'Angleterre, s'organisent : le Roi, les Lords, les Communes. A cette époque, le Roi avait encore tous les pouvoirs, les Chambres votaient l'impôt par oui ou par non et simple pouvoir d'avis en matière législative. Cromwel dissout le Parlement et organise une sorte de dictature, despotisme militaire et religieux, puis on en revient aux deux Chambres.

A partir de 1688, les Communes ont un pouvoir prépondérant, le Cabinet est formé et déclaré responsable devant les Chambres, il y a séparation des pouvoirs : le Cabinet exécutif; les Chambres, pouvoir législatif. Quant au pouvoir judiciaire, il comporte peu de juges, très bien payés et très bien choisis. Le Cabinet marque le changement le plus considérable apporté dans la Constitution; il a transformé la Monarchie en une sorte de République aristocratique et parlementaire, avec un pouvoir exécutif ayant la forme royale. Depuis le règne d'Edouard I^{er} d'Angleterre, la Grande-Bretagne possède donc les trois organes actuels des pouvoirs législatif et exécutif. A mesure que le système représentatif s'est développé, les pouvoirs se sont séparés, devenant autonomes et indépendants quant à leur existence, et étroitement unis dans leur action. « Notre ennemi est notre maître, a dit quelque part La Fontaine; c'est en vertu de ce principe que s'est établi en Angleterre le régime représentatif et en France la monarchie absolue. En

Angleterre le maître est le Roi; nous avons donc coalition de l'élément aristocratique et de l'élément démocratique contre la Royauté qui voulait se transformer en despotisme. En France, au contraire, les maîtres sont les féodaux. Alliance du peuple et du Roi pour les renverser. Au XV^e et XVI^e siècles, le Roi, ayant vaincu les féodaux, négligera de se souvenir des services rendus par ses alliés de la veille et établira la monarchie absolue. Il faut aussi constater que le Parlement anglais est bien mieux organisé que nos Etats généraux, les rivalités se font moins jour, vu la séparation de l'aristocratie et de la roture et ils représentent la nation toute entière, alors que nos Etats généraux n'ont jamais pu y prétendre.

Après avoir étudié le problème du côté pratique, voyons maintenant quelles sont les diverses théories qui ont été émises sur la séparation des pouvoirs jusqu'en 1789.

Les théologiens se sont beaucoup occupés de la question. Saint Thomas d'Aquin, dans sa « somme », a le premier peut-être, de tous les philosophes politiques, proclamé la nécessité du système représentatif combiné avec le gouvernement mixte. Il dit que le législatif et l'exécutif doivent être distincts mais non isolés et séparés d'une manière absolue. Il demande que l'on convoque les Etats généraux pour limiter l'autorité royale au moment même où Simon de Montfort réunissait les Communes. D'après lui, tous les individus doivent avoir une part dans le gouvernement : « une aristocratie de la vertu » va avoir le pouvoir législatif, le roi aura le pouvoir exécutif et le choix des juges. Suarez et Bellarmin donnent plus de pouvoirs au Roi. Pour eux, il n'est pas nécessaire que le peuple approuve la loi faite par le Prince, il suffit que celui-ci agisse selon la loi morale. De leur œuvre se dégage l'impression de division du travail bien plus que de séparation des pouvoirs. Bossuet ne connaît comme bornes au pouvoir royal

que la loi morale. Il est partisan de la monarchie absolue; cependant, d'après lui, l'autorité royale doit être sévère mais paternelle, absolue mais non arbitraire, soumise à la raison.

Fénélon fait une part beaucoup plus grande aux Etats généraux qu'il voudrait élus librement et partageant le pouvoir législatif avec le Roi. Il est donc partisan d'une monarchie tempérée, aristocratique où le pouvoir royal rencontrerait quelques obstacles.

L'Ecole Protestante a une tendance générale à la rancune contre le pouvoir royal. Hotman établit que le pouvoir royal vient du peuple et est limité par lui et que par lui Hubert Longuet dans sa « *Vindicia contra tyrannos* » est partisan d'une souveraineté populaire allant même jusqu'au régicide. Etienne de la Boétie ne nous donne que de vagues idées sur ce grand problème. Jurieu, en 1650, va soutenir la souveraineté et l'infailibilité du peuple. Les individus ayant la souveraineté en ont fait une abdication momentanée entre les mains du Roi; si le Roi ne respecte pas les droits du peuple, celui-ci reprendra le pouvoir. C'est surtout contre lui que s'est élevé Bossuet.

Les légistes vont, au contraire, essayer de renforcer le pouvoir du roi. Ils vont établir le gouvernement de « Droit divin » en s'appuyant sur le Droit romain et, par cela même, ils empêchent le développement de la théorie de la séparation des pouvoirs. L'omnipotence royale fut établie grâce à de nombreuses formules comme celle-ci. « Si veult le Roi, si veult la loi. » Pour eux, le peuple n'a aucun droit, aucun pouvoir, tout pouvoir étant concentré dans les mains du Prince « despote éclairé ». Cependant, en 1560, Jean Bodin, dans sa « République » (livre 1, chap. X), fait une distinction entre la souveraineté et l'exercice de cette souveraineté. Il préconise une représentation nationale pour limiter le pouvoir royal, notion de décentralisation par

services. Il admet que les pouvoirs séparés ne doivent pas s'ignorer mais, au contraire, collaborer. Le Roi sera la cheville ouvrière; à côté de lui les Etats généraux auront un certain pouvoir législatif, les juges seront nommés par le roi et agréés par les Etats généraux. Le seul défaut de son système est qu'il parle de ne réunir les Etats que de loin en loin. Dans son ensemble, l'œuvre de Bodin présente un certain intérêt. Il y a une bonne solution, celle qui consiste à réduire le rôle du Parlement à ses attributions juridiques. Il donne, tout de même, encore trop de pouvoir au Roi.

A la même époque, tout comme les légistes, les économistes préconisent le despotisme légal; ils se réjouissent presque de ce que la France est une monarchie absolue. Turgot, qui, sur un grand nombre de points, a eu des idées très nouvelles, n'a pas complètement échappé à la dangereuse doctrine des économistes. En général, ils se méfient des Assemblées et ont peu de goût pour le régime parlementaire.

Il nous faut maintenant arriver aux auteurs qui ont été les inspireurs directs du système de la séparation des pouvoirs. Nous trouvons tout d'abord Hobbes qui part de l'état de nature. Pour lui, les hommes à l'état de nature sont mauvais, et cet état était tellement mauvais que les premiers hommes ont abandonné le pouvoir à un d'entre eux qui a fait régner la paix. Mais Hobbes, tout comme Bossuet, est plutôt un théoricien du despotisme. Avec Locke, nous arrivons aux idées qui ont inspiré directement Montesquieu. Dans son ouvrage « *Two Treatises on Civil government* » livre II, chap. X), nous voyons la distinction qu'il fait des divers pouvoirs. Il part lui aussi de l'état de nature où l'homme est essentiellement bon mais ne peut se défendre, c'est pourquoi il remet ses pouvoirs à l'Etat. L'Etat donc n'a de pouvoir que pour assurer la

sécurité de tous, pour cela, il faudra plusieurs pouvoirs distincts, les individus qui font les lois ne pourront les faire exécuter. Locke nous dit que le législatif n'a pas besoin d'être permanent comme l'exécutif, il suffit de le réunir de temps en temps. En fin de compte, il donne une certaine suprématie à l'exécutif.

Mais c'est Montesquieu qui va nous donner la meilleure explication de la séparation des pouvoirs. Il a lu Locke et étudié, sur place, la Constitution anglaise; nous verrons, par la suite, plus longuement quel est son système. Disons, pour le moment, qu'il est dominé par une passion extrêmement vive : la haine du despotisme et il voit que la seule barrière possible contre tout envahissement de l'absolutisme, c'est la répartition de l'autorité publique entre diverses personnes.

Quant à Rousseau, il a aussi étudié la question, mais il présente un système assez confus. Il commence par critiquer la théorie de la séparation des pouvoirs telle que la préconise Montesquieu, puis il finit par l'adopter.

En 1787, les nouvelles républiques des Etats-Unis élaboraient une constitution basée sur une stricte séparation des pouvoirs et adoptant les idées de Locke et de Montesquieu. Cette première application va avoir une certaine influence sur les révolutionnaires de 1789; c'est pourquoi nous avons jugé bon de la mentionner ici. Nous aurons l'occasion d'en reparler plus longuement dans les développements qui vont suivre, et nous dirons ce qu'il faut en penser, après avoir constaté ce qu'il reste de nos jours de cette séparation absolue des pouvoirs.

A la veille de la Révolution, nous nous trouvons dans la situation suivante : l'absolutisme du roi n'avait pas trouvé dans l'intervention des Etats généraux, que l'on ne convoquait d'ailleurs plus depuis très longtemps, un contrepoids

suffisant; cela venait, nous l'avons dit, du fait que les Etats n'ont jamais eu la périodicité et n'ont jamais pratiqué une politique d'intérêt général. Les Parlements, eux, abusaient du droit de remontrance et cherchaient à s'emparer du pouvoir législatif plutôt qu'à organiser la séparation des pouvoirs. Le Roi a un pouvoir absolu : chef d'armée, grand juge, législateur, ayant des pouvoirs de police. Sans doute, a-t-il été obligé de faire certaines délégations, ne pouvant seul exercer toutes ces fonctions, mais à tout moment il peut reprendre lui-même l'affaire en main. Aussi, dans presque tous les cahiers de doléances présentés aux Etats généraux de 1789, trouvons-nous des protestations contre le pouvoir abusif du monarque et la demande d'une certaine séparation des pouvoirs.

§ 2. — DE 1789 A NOS JOURS.

Avant d'entreprendre l'histoire de la séparation des pouvoirs de 1789 à nos jours, indiquons que nous diviserons notre étude en suivant la théorie, dite des cycles, admise par Hauriou. Pour ce savant professeur, deux courants se combattent : tout d'abord, d'une part, courant révolutionnaire portant à accorder la prééminence aux Assemblées, puis courant dictatorial qui veut accorder la suprématie à l'exécutif et enfin période d'équilibre entre les deux courants. Ceci nous donne :

Premier cycle : de 1789 à 1848, que nous diviserons ainsi :
a) De 1789 à 1795 environ, gouvernement des Assemblées.
b) De 1795 à 1814. En 1795, réaction exécutive qui s'affirme encore bien plus sous l'Empire jusqu'en 1814. c) De 1814 à 1848, période d'équilibre entre les deux courants.

Deuxième cycle de 1848 à 1875 : a) En 1848, courte période de gouvernement conventionnel. b) Dès 1849, réaction exécutive, puis empire. c) 1875. Régime parlementaire qui amène à nouveau l'équilibre entre les pouvoirs.

Troisième cycle : Nous essayerons de voir si, de nos jours, on ne peut pas trouver le commencement d'un troisième cycle.

PREMIER CYCLE.

A) *De 1789 à 1795.*

1° *Constitution de 1791.* — Au lendemain de la révolution, tout le monde réclame la séparation des pouvoirs. Seul, Mirabeau, dans un long discours qu'il fit le 16 juillet 1789, s'élève contre toute idée de séparation. Le 26 août cependant, le chevalier de Lameth dit que, sans séparation des pouvoirs, il n'y a que despotisme; les partisans de la séparation des pouvoirs l'emportèrent et la Constituante se sépare en 1791 après deux ans de travail et en donnant à la France sa première Constitution écrite, précédée de la fameuse déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont l'article 16 proclame : « Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de Constitution. »

La Constitution de 1791 admet trois pouvoirs séparés de façon absolue et possédant chacun un tiers de la souveraineté qu'elle venait de proclamer une et indivisible : l'exécutif, le législatif et le judiciaire vivant dans une complète indépendance. Le roi, chef de l'exécutif, prend ses ministres responsables uniquement devant lui, en

dehors des Assemblées lui-même est déclaré irresponsable dans presque tous les cas; nous avons donc un exécutif assez faible. En face, nous trouvons une Assemblée législative unique, permanente et indissoluble représentant la nation série de secousses politiques. Le roi use très maladroitement de son droit de veto; l'Assemblée entre en conflit avec les Ministres. Le 10 août 1792, l'Assemblée suspend le roi de ses fonctions et demande la réunion de la Convention. Il y eut deux projets :

2° *Projet de constitution des Girondins.* — Toujours basé sur le principe de la séparation des pouvoirs, mais attribution avouée de la prééminence à l'Assemblée unique, permanente et indissoluble. Le pouvoir exécutif était diminué, conçu sous la forme d'un organe collégial. Ce projet n'eut pas de suite.

3° *Projet Montagnard. Constitution du 24 juin 1793.* — La Convention bouleverse tout et semble ignorer la séparation des pouvoirs. Elle se proclame centre unique de l'impulsion du Gouvernement. La Constitution, vu la gravité des événements, ne sera pas appliquée. Le pouvoir législatif réunit tout entre ses mains, et étant le plus fort tend à réduire les autres au silence. Pour les conventionnels, seuls les élus incarnent la souveraineté populaire, étant donné qu'ils sont souverains ou représentants du souverain, ils peuvent tout faire. Les agents de l'exécutif ne sont que leurs commis, de même le pouvoir judiciaire est entre leurs mains et le Comité de Salut public, nommé par la Convention, exerce une véritable dictature. Puis le Conseil exécutif finit par disparaître et ceci coïncide avec la Terreur.

4° *Thermidor.* Avec le 9 Thermidor nous commençons à avoir une réaction. On veut un exécutif plus fort avec un semblant de séparation des pouvoirs.

B) *De 1795 à 1814.*

1° *Constitution du 5 Fructidor an III.* — Période du Directoire: L'article 22 de cette Constitution proclame: « La garantie sociale ne peut exister, si la division du pouvoir n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées et si la responsabilité des fonctionnaires publics n'est pas reconnue. » A partir de ce moment, on peut dire que le principe de la séparation des pouvoirs est devenu et restera fondamental dans notre droit public, et, s'il n'est pas rappelé dans tous les actes constitutionnels, on le sent présent sous tous les régimes. On adopte le principe de Sieyes qui dit que, dans un gouvernement, quand il y a unité toute seule, il y a despotisme et quand il y a division toute seule il y a anarchie; il faut donc unité plus division, c'est-à-dire séparation des pouvoirs et unité de souveraineté. Pour affaiblir le Parlement, on le sépare en deux Assemblées : le Conseil des Anciens et le Conseil des Cinq Cents. L'exécutif lui aussi est confié à un organe collégial, un directoire de cinq membres élu par les Assemblées indépendantes et indissolubles. Les directeurs nomment des ministres qui ne sont responsables que devant eux et n'ont pas le droit d'entrer dans les Chambres. Les membres de l'exécutif ne tardent pas à dominer les Assemblées; cette domination devient effective après le coup d'Etat du 18 Brumaire qui constitue un Consulat provisoire aux pouvoirs renforcés.

2° *Constitution de l'An VIII.* — Au début, on organise un exécutif composé de trois consuls mais seul, le premier, Bonaparte, gouverne. En l'an X, Bonaparte est nommé Consul à vie, et en l'an XII, c'est l'Empire. Le législatif a été considérablement affaibli; il est divisé en trois

assemblées : Le Tribunat, le Corps législatif et le Sénat. Napoléon I^{er} ne tardera pas à supprimer le Tribunat et les deux autres Assemblées seront à son entier dévouement. La Constitution de l'an VIII admet bien le principe de la séparation des pouvoirs mais, en fait, la prédominance de l'exécutif s'affirme; nous avons un gouvernement Césarien.

C) De 1814 à 1848.

1^o *Charte du 4 juin 1814.* — Malgré les aspirations du pays, Louis XVIII ne veut pas adopter le régime parlementaire, il est investi de la plénitude du pouvoir exécutif et a une certaine autorité en matière législative, autorité essentielle même puisqu'il a l'initiative exclusive des lois. Les ministres peuvent être pris dans les Chambres et entrer en contact avec elles. Le Parlement est divisé en deux, copie du système anglais : la Chambre des Pairs et la Chambre des députés des départements. Le Parlement essaye d'introduire le régime parlementaire en demandant des comptes aux Ministres. Dans un certain sens, il y a séparation des pouvoirs.

2^o *Les Cent jours.* — L'acte additionnel inspiré par Benjamin Constant est calqué sur la Charte de 1814. Il admet une certaine séparation des pouvoirs et un mouvement très prononcé vers le régime parlementaire. Il y a deux Assemblées, principe du contreseing pour tous les actes du gouvernement et aussi responsabilité politique des ministres, collective et individuelle.

3^o *Charte de 1815.* — A cette époque, les libéraux veulent réduire les forces de l'exécutif et avoir égalité entre les trois pouvoirs; ils veulent même en créer un quatrième : le

pouvoir royal. Les ultras veulent un exécutif plus fort donné à la royauté. On reprend le régime parlementaire des Cent Jours, en le perfectionnant. Il y a bien séparation des pouvoirs, mais il y a quelques tiraillements entre l'exécutif et le législatif. Charles X viole le principe de la séparation des pouvoirs en signant les Ordonnances de Juillet restreignant la liberté individuelle et c'est la révolution de 1830.

4^e *Charte de 1830*. — Sous le règne de Louis-Philippe, la droite et le centre sont partisans d'une bonne séparation des pouvoirs, mais l'extrême-gauche avec Blanqui demande la prépondérance des Assemblées législatives : Assemblées populaires et toute puissance populaire. Dans cette Charte nous retrouvons une refonte de celle de 1814. Le principe de droit divin est définitivement écarté pour faire place à la théorie de la souveraineté nationale. Cette Charte s'appuie sur la séparation des pouvoirs dont la définition a été donnée par le comte Rossi, professeur de droit constitutionnel à la Faculté de droit de Paris : « La séparation des pouvoirs existe lorsque le pouvoir législatif est effectivement maître de statuer sans dépendre du pouvoir judiciaire, lorsque le pouvoir judiciaire ne reconnaît d'autres règles que la loi et sa conscience, lorsque le pouvoir exécutif dans sa sphère particulière n'est pas obligé de se soumettre aux volontés des autres pouvoirs. » (P. Rossi : *Cours de droit constitutionnel*, Ed. Porée, 72^e leçon.) Le régime parlementaire va fonctionner jusqu'en 1848.

DEUXIÈME CYCLE.

A) *De 1848 à 1849.*

Le 23 avril 1848 on élit au suffrage universel une Assemblée constituante qui se réunit le 4 Mai et proclame

la République démocratique. L'Assemblée va gouverner elle-même. Réveil de l'esprit Jacobin de 1793, gouvernement conventionnel. Elle nomme pour gouverner une Commission composée de membres pris dans son sein. Le Gouvernement de cette Commission est marqué par les journées sanglantes de Juin 1848. L'Assemblée effrayée confie le pouvoir au Général Cavaignac qui réprime les troubles. Puis elle vote la Constitution promulguée le 10 décembre 1848. En vertu de cette Constitution, le Prince Louis-Napoléon est élu Président de la République. L'article 19 avait proclamé : « La séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre. »

B) *Constitution de 1848.*

1° *De 1848 à 1852.* — Réaction exécutive : Elle donne à l'exécutif un pouvoir fort, appuyé sur le peuple. D'autre part, elle constitue une Assemblée unique, permanente et indissoluble. Il y a des ministres responsables devant le Parlement; le chef de l'Etat, lui aussi, est responsable. Cette constitution est basée sur la séparation des pouvoirs, mais il y a deux erreurs : tout d'abord responsabilité du Chef de l'Etat qui absorbe celle des ministres, puis constitution de deux organes très fort et indépendants. L'ère des conflits commence de suite et va s'aggravant jusqu'au coup d'Etat du 2 décembre 1851.

2° *Constitution de 1852.* — Une loi de sûreté générale donne, à la suite du coup d'Etat, tous pouvoirs au Prince-Président. La Constitution du 14 janvier 1852 consacre le principe de la séparation des pouvoirs en donnant la prépondérance au pouvoir exécutif confié à un Président de

la République élu pour dix ans, qui a l'intégralité du pouvoir exécutif et l'initiative exclusive des lois, droit de sanction et de veto. Pas de cabinet, les ministres dépendent exclusivement du Président qui a le droit de se faire plébisciter. Le pouvoir législatif, composé de deux Assemblées, le corps législatif et le Sénat, est affaibli et n'a que peu de pouvoirs.

3° *A partir de 1860.* — Cette dictature de l'exécutif devait peu à peu se relâcher. En 1860 commence l'Empire libéral; il y a acheminement vers le régime parlementaire. Déjà apparaissent les idées qui vont triompher en 1875.

C) *Constitution de 1875.*

De la chute de l'Empire, en septembre 1870, jusqu'au vote des lois constitutionnelles, en Février et Juillet 1875, s'écoule une période d'incubation où se succèdent des gouvernements provisoires; nous ne les étudierons pas, et nous allons simplement dire quelques mots sur la constitution qui nous régit actuellement, nous proposant de l'étudier plus en détail dans la suite. Nous nous bornerons ici à quelques considérations générales. Quant à la forme, elle est très brièvement conçue; elle n'est pas précédée d'une déclaration des droits. Au point de vue fond, ce qui la caractérise c'est l'esprit de transaction qui justifie la création d'une République parlementaire. Pour les pouvoirs, elle se contente d'instituer un Président et deux Assemblées. La coutume va jouer un grand rôle et dans beaucoup de cas il faut se rapporter aux expériences antérieures ou même étrangères. Après avoir créé les organes, elle les laisse s'organiser quant à l'équilibre qui doit régner dans leurs

rapports. Dans les développements qui suivront, nous étudierons la constitution pour savoir si elle consacre oui ou non le principe de séparation des pouvoirs.

TROISIÈME CYCLE.

Peut-on dire, de nos jours, que l'évolution est complètement arrêtée ? Nous ne le pensons pas, et dans ses grandes lignes nous allons indiquer le mouvement qui se produit. Les Assemblées parlementaires avaient pris de plus en plus d'importance, surtout dans une période qui va de 1924 à 1934. A ce moment, nous avons une prédominance « de facto » du Parlement sur l'exécutif : Rôle prépondérant des Commissions parlementaires; Retour au système Jacobin du gouvernement par groupes; Syndicalisme à l'intérieur des fonctions publiques. Les événements sanglants du 6 février 1934 ont marqué le point de départ d'une réaction assez vive de la part du pouvoir exécutif qui, grâce au régime des Décrets-Lois, tend à supplanter le Parlement dans de nombreux cas.

Conclusion.

Dans ce chapitre nous avons essayé de retracer rapidement l'évolution du principe de la séparation des pouvoirs. A peine ébauchée en théorie et inconnue dans la pratique jusqu'au XVIII^e siècle, nous le voyons, en 1789, prendre son

essor et s'installer définitivement dans nos institutions. Sans doute, depuis, a-t-il connu, nous l'avons vu, de nombreuses vicissitudes dans son application; c'est pourquoi il nous reste maintenant à nous demander qu'est-ce que l'on entend aujourd'hui par séparation des pouvoirs et quelle en est l'application qui en a été faite dans la Constitution qui nous régit depuis 1875.

CHAPITRE II

CONCEPTION MODERNE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Introduction

§ 1^{er}. *Théorie de Montesquieu.*

§ 2. *Comment peut se comprendre la Séparation des Pouvoirs.*

1^o Expérience américaine de séparation absolue.

2^o La Constitution de 1875.

3^o Opinion des auteurs modernes.

Conclusion

Introduction.

Nous allons maintenant reprendre la théorie de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs, puisque c'est celle qui a inspiré la plupart de nos Constitutions depuis 1789. Nous nous demanderons ensuite comment, aujourd'hui, peut se comprendre ce principe et nous envisagerons à cet effet

le système présenté par la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, puis celui présenté par la Constitution de 1875 et les déformations que ce principe semble avoir subi de nos jours. Il nous restera, en dernier lieu, à étudier les opinions émises sur la séparation des pouvoirs par les auteurs modernes.

§ 1^{er}. THÉORIE DE MONTESQUIEU.

Montesquieu, en demandant la création dans l'Etat de trois pouvoirs se préoccupe, avant tout, d'assurer la liberté politique aux citoyens. Poussé par la haine qu'il a du pouvoir exécutif et de ses abus, il s'inspire du régime qu'il a vu fonctionner en Angleterre. Nous allons tout d'abord rappeler brièvement les idées exposées au Livre XI, chapitre VI de l'« Esprit des Lois », traitant « de la constitution d'Angleterre ». Il commence par nous dire que l'Etat doit comprendre trois pouvoirs séparés.

« Il y a, dans chaque Etat, trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutrice des choses du droit des gens et la puissance exécutrice des choses du droit civil. » 1° La puissance législative : le Prince ou le Magistrat fait la loi; 2° La puissance judiciaire : le Prince ou le Magistrat punit les crimes; 3° La puissance exécutrice : le Prince ou le Magistrat fait la paix ou la guerre. Il veut cette séparation avant tout pour obtenir des libertés politiques : « La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés, mais elle n'est pas toujours dans les gouvernements modérés, elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir, car c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est tenté d'en abuser; il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le

pouvoir. » Il nous explique ensuite pourquoi il préconise cette séparation et pour cela nous reprendrons la citation faite au début : « Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice il n'y a point de liberté parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même Sénat ne fassent des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point encore de liberté si le pouvoir de légiférer n'est plus séparé de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuplé, exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire la loi, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différents des particuliers. »

Bien que l'on ne trouve nulle part, dans l'œuvre de Montesquieu, les termes de séparation des pouvoirs, il est certain que le principe en est nettement exposé. Mais si Montesquieu veut que les pouvoirs soient répartis entre divers organes, il veut aussi qu'ils collaborent aux mêmes affaires gouvernementales, de façon « à pouvoir s'empêcher l'un l'autre au besoin », mais qui cependant, par le mouvement nécessaire des choses, soient contraints d'aller de concert. Il veut doter les pouvoirs d'armes défensives et les dresser les uns contre les autres, sinon comme des rivaux, du moins comme des voisins méfiants ils seront indépendants, ce qui n'implique tout de même pas l'idée de séparation absolue. Comme nous l'avons déjà dit, Montesquieu admet la collaboration, ce qui fait dire à Hauriou qu'il en résulte forcément des transactions entre les pouvoirs en même temps qu'un contrôle réciproque et, par conséquent, une modération constitutionnelle de ces pouvoirs. Il cherche aussi, par

un système de balance, de « contrepoids », à équilibrer les pouvoirs; il faut que, chacun d'eux, dans sa sphère d'action, possède la plus grande liberté de façon à être à même de contre-balancer l'influence envahissante des deux autres.

La théorie que Montesquieu expose clairement a cependant donné lieu à de très vives critiques, surtout de la part de M. Carré de Malberg, dans son livre : « Contribution à la théorie générale de l'Etat » (t. II). A la page 20, il semble admettre que Montesquieu a entendu accorder une certaine collaboration aux pouvoirs, mais plus loin (p. 112), il conclut, au contraire, qu'il a voulu poser le principe d'une séparation absolue, et il expose comment il comprend la théorie développée dans « l'Esprit des Lois » : « Le corps législatif peut seul édicter des règles générales ou des règles de droit, l'autorité administrative peut seule prendre des décisions particulières ou des mesures de gouvernement ou d'administration, les tribunaux seuls peuvent examiner et trancher des questions de droit et de légalité. » Nous ne suivrons pas Carré de Malberg; sur ce terrain, Duguit, d'ailleurs, prend la contrepartie de ces théories et dit que l'on ne comprend pas du tout Montesquieu quand on l'accuse d'avoir voulu une séparation absolue des pouvoirs. Saint-Girons (Essai sur la séparation des pouvoirs dans le droit public français, p. 93) semble croire que Montesquieu a parlé de séparation absolue et l'accuse d'avoir pris pour exemple la constitution anglaise où justement cette séparation absolue n'existe pas, et où le cabinet, tout en laissant subsister les deux pouvoirs dans leur autonomie propre, consacre et fortifie la séparation des organes politiques, unit les deux pouvoirs pour l'action, organise leur concert, établit des moyens d'influence réciproque et maintient l'harmonie; au lieu de se combattre à mort ils s'aident mutuellement. Cet argument semble se retourner contre Saint-Girons. Montesquieu s'est justement trop bien inspiré de la Constitution anglaise pour avoir voulu une séparation absolue.

Carré de Malberg reproche encore à Montesquieu d'avoir construit son système de séparation des pouvoirs en vue de l'appliquer à des fonctions matérielles déterminées; c'est pourquoi, d'après lui, cette théorie apparaît comme une théorie de la séparation des fonctions, et il constate qu'une telle séparation avec affectation exclusive à chacune d'elles d'une sorte spéciale d'organes est tout à fait irréalisable pour deux raisons : 1° Toute autorité étatique ne pourrait remplir sa tâche convenablement si elle était privée de la ressource de participer à toute autre fonction; 2° Il y a une autre impossibilité du fait qu'entre les diverses fonctions envisagées comme le fait Montesquieu, au point de vue matériel, il y a des points de contact. Esmein, lui aussi, mentionne ces zones limitrophes ou mixtes comprenant des attributions qui par leur nature participent à la fois des deux pouvoirs.

Carré de Malberg accuse Montesquieu d'avoir voulu l'égalité entre les pouvoirs, égalité qui, dit-il, est impossible car il y en a toujours un qui prédomine. Malgré la puissance de l'argumentation du savant maître, il nous est difficile de donner raison à toutes ses critiques et, à notre avis, il est en contradiction avec la pensée de Montesquieu quand il l'accuse d'avoir voulu une séparation absolue des pouvoirs.

En résumé, il nous faut constater que Montesquieu a donné de la séparation des pouvoirs un système très bien équilibré qui, malheureusement, a été déformé et faussé dès sa première expérience en 1791. C'est trop souvent au travers de cette première application que l'on étudie la théorie de Montesquieu, ce qui provoque des confusions graves sur son véritable sens.

§ 2. COMMENT PEUT SE COMPRENDRE

LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

La séparation des pouvoirs, dans ses grandes lignes, peut se comprendre de trois façons : 1° Une séparation stricte avec isolement des pouvoirs, comme la France en fit quelques expériences malheureuses, qui aboutit rapidement au coup d'Etat ou sombre dans l'anarchie. Après l'étude que nous ferons de ce principe aux Etats-Unis, nous serons obligés de le rejeter; 2° Collaboration des pouvoirs séparés, avec prédominance de l'un d'eux. Dans cette collaboration nous avons deux sous-divisions : a) Le gouvernement conventionnel qui comporte une certaine séparation, mais où les Assemblées, tout en collaborant avec l'exécutif, dirigent en réalité toutes les affaires de l'Etat; b) Le Gouvernement présidentiel qui, lui aussi, admet une certaine séparation des pouvoirs, mais dans lequel l'exécutif dirige toute la vie politique et domine l'Assemblée. Notre pays a connu des exemples de ces deux systèmes; nous les avons signalés au cours de notre historique; nous n'y reviendrons donc pas. 3° Régime parlementaire : Ici l'exécutif et le législatif sont bien indépendants dans une certaine mesure, mais l'un et l'autre ne peuvent exercer leur mission qu'en collaboration. Ce régime comprend trois organes : Un Parlement élu (de préférence divisé en deux Chambres); Un chef d'Etat politiquement irresponsable et dont l'action personnelle s'efface, dans une mesure d'ailleurs variable, devant l'action ministérielle. Des ministres groupés en cabinet et responsables devant les Chambres. L'équilibre cependant ne peut durer longtemps; le régime parlementaire évolue, en fait, vers l'une des deux formes

mentionnées plus haut : ou bien gouvernement de cabinet, dans lequel les pouvoirs de l'Assemblée diminuent et où ce sont les ministres qui deviennent en fait les maîtres de l'Etat, ou bien gouvernement de l'Assemblée, avec extension de ses pouvoirs, le cabinet étant à sa merci constamment.

*1° L'expérience américaine
de séparation absolue des pouvoirs.*

Nous n'étudierons pas les expériences françaises et suisses, car elles ne se sont pas révélées viables et se sont terminées brutalement. Nous préférons envisager le système américain qui a plus d'un siècle d'existence et qui nous montrera mieux l'impossibilité d'un pareil gouvernement.

Les Constituants de 1787 vont donner aux U. S. A. une Constitution basée sur une séparation absolue des pouvoirs. L'exécutif et le législatif ont chacun dans leur sphère une compétence énorme garantie par l'indépendance :

1° Indépendance de l'exécutif : Le président des U. S. A., issu de l'élection populaire, responsable uniquement devant le peuple. Chef de la politique pendant toute la durée de ses fonctions, il choisit librement ses ministres qui ne sont pas membres du Congrès et n'ont pas le droit de pénétrer dans les Chambres, ne forment pas de cabinet et ne sont responsables que devant lui.

2° Indépendance du législatif : Deux Chambres : la Chambre des Représentants et le Sénat élus au suffrage universel, le Président n'ayant pas l'initiative des lois, la législation leur est réservée, tout au moins en principe, discutent le budget sans la présence des membres du Gouvernement. Le Gouvernement ne peut ni ajourner les Cham-

bres, ni les dissoudre; il est donc autant désarmé vis-à-vis du législatif que ce dernier vis-à-vis de lui-même.

Il y a cependant quelques points de contact : Le Président a un droit de veto, dont il ne peut tout de même abuser, et qui ne peut être définitif puisqu'il doit s'incliner quand le projet réunit les deux tiers des suffrages. Le Sénat, de son côté, intervient dans les fonctions exécutives; pour rendre obligatoire un traité, il faut majorité des deux tiers; autorise le Président à nommer les ambassadeurs et les grands juges et, dans un certain sens, les ministres. Le Congrès peut aussi mettre le Président en accusation par la procédure de « l'Impeachment ». Malgré ces points de contact prévus, nous voyons que la séparation entre les pouvoirs est encore très accusée.

Le régime a subi de très vives critiques. Au point de vue théorique, Condorcet présente un long rapport à la Convention où il accuse ce principe d'être un ferment de fragmentation qui affaiblit la puissance publique. Au point de vue pratique il a été critiqué par Woodrow Wilson (« Le gouvernement congressionnel. » Etude sur la 13^e édition, avec préface de M. Henri Wallon.) Il nous signale que dans un tel régime il est impossible d'apprécier l'action des divers organes politiques, les responsabilités s'évanouissent. Chaque organe rejette sur l'autre la responsabilité de ses actes; un tel système est impraticable. Ou bien on le fera fonctionner rigoureusement et l'on n'évitera pas les frictions entre les pouvoirs, et comme il y aura équilibre entre ces fonctions hostiles l'une à l'autre, il en résultera une paralysie de l'Etat. Ou bien la nécessité de l'action sera plus forte, cette action sera obtenue grâce à la rupture du principe.

Les partisans de ce régime disent que ceci fonctionne bien. Quant à nous, nous constaterons que s'il fonctionne, c'est grâce à une déformation du principe primitif.

En principe, l'exécutif et le législatif sont indépendants; en fait, il s'est dégagé un certain contrôle de l'exécutif par les organes législatifs, contrôle analogue à celui du régime parlementaire. Ce contrôle est dangereux car il est occulte; il se fait au moyen d'organes officieux, les Comités ou commissions parlementaires. Dangereux parce que secret, pas contrôlé par l'opinion publique, tatillon et favorable aux intrigues.

Il faut aussi constater que le régime ne fonctionne pas toujours admirablement. La vie politique des U. S. A. est parfois paralysée par cette séparation des pouvoirs, quand le Président et le Congrès sont d'une opinion différente. Les deux organes n'ayant pas de rapports, il leur est difficile de trouver un terrain d'entente et le conflit s'envenime, chacun restant sur ses positions, sans transactions possibles, car pour cela il faudrait que les deux parties en présence puissent discuter de la situation. A ces périodes, l'équilibre est rompu, mais il semble bien qu'en cas de conflit aigu le Président l'emporte et en temps de crise la forme du Gouvernement tend vers le gouvernement présidentiel.

Depuis que l'on admet aux U. S. A. le contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges, on a même pu parler du Gouvernement des juges, mais cette étude nous entraînerait trop loin. Nous nous bornerons à constater que ce principe a fait faillite en Amérique. Pour permettre à la Constitution de vivre il a fallu que la pratique apporte quelques assouplissements à cette séparation rigide, et bien que les textes de 1787 posent le principe de séparation absolue, nous pouvons dire qu'en fait les U. S. A. sont arrivés à un système de collaboration des pouvoirs, pas encore à un régime parlementaire, mais tantôt à un régime de gouvernement présidentiel, tantôt à un gouvernement congressionnel, qui admettent certains rapports entre les organes de l'Etat.

2° *La Constitution de 1875.*

Arrivons maintenant à l'étude de la Constitution qui nous régit depuis 1875. Il faut nous demander sous quelle forme elle consacre le principe de la séparation des pouvoirs. Une observation préliminaire des textes nous permet de remarquer que la Constitution de 1875 est la plus courte que la France ait jamais connue. La Constitution de 1791 avait 208 articles, celle de l'an VIII en avait 95, celle de 1848, 116. En 1875, à l'origine de la Constitution, nous n'en trouvons que 34 et depuis 1926 il n'y en a plus que 27. Elle n'est pas précédée d'une déclaration des Droits et aucun texte précis ne nous parle de séparation des pouvoirs. Etant ainsi brièvement conçue, notre Constitution aura une certaine souplesse; dangereux car cela permet toutes les déformations. La Constitution ne donne que les grandes lignes; la coutume se charge de régler les rapports existant entre les divers pouvoirs et de les organiser. Si aucun texte ne parle de séparation des pouvoirs, il est très certain cependant que la Constitution a entendu créer deux organes séparés, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Quant au pouvoir juridictionnel, il n'en est pas question; nous verrons plus loin ce qu'il faut en penser.

Nous pouvons tout de même constater que les textes de 1875 n'ont pas posé le principe de séparation absolue qui avait donné trop de déboires aux Constitutions précédentes. Nous sommes sous un régime représentatif et parlementaire ou des pouvoirs séparés collaborent.

Le régime parlementaire théorique est un régime d'équilibre des pouvoirs et en 1875 on l'avait entendu ainsi; cela consacrait bien la séparation des pouvoirs. Ce principe a

reçu de nombreuses atteintes qui l'ont quelque peu modifié. L'équilibre entre les pouvoirs ne peut durer longtemps et le régime parlementaire à l'Etat pur ne peut se maintenir; il va dégénérer comme nous l'avons constaté plus haut, soit en gouvernement des Assemblées ou conventionnel, soit en gouvernement de Cabinet.

C'est ainsi, que chez nous, le Parlement peu à peu devient tout puissant. Et tout d'abord, une erreur commise par nos constituants, en ne séparant pas les pouvoirs constituants des pouvoirs constitués permet au Parlement d'avoir entre ses mains le statut fondamental de l'Etat. Sans doute, faut-il des formalités spéciales; il n'en reste pas moins vrai que le législateur ordinaire peut modifier, à sa guise, la Constitution. En face de ce législatif tout puissant que voyons-nous : un exécutif à qui, sans doute, la Constitution a donné beaucoup de pouvoirs mais qui, en définitive, a fort peu de pouvoir et le voit sans cesse diminuer en perdant la plupart des prérogatives que lui accordait la Constitution. Ce qui a permis au législatif tant de développement, c'est la mauvaise organisation du droit de dissolution, alors qu'en Angleterre et en Belgique ce droit assure justement l'équilibre entre les pouvoirs. en France il fut faussé à la première expérience en 1877. Ce droit, introduit dans notre Constitution, au lieu d'être contraire à la séparation des pouvoirs, lui était nécessaire puisqu'il en organisait l'équilibre.

En effet, alors que de nos jours le législatif a toutes facultés pour renverser, les uns après les autres, tous les ministères que lui soumet l'exécutif que peut faire celui-ci ? Nous assistons à ces déplorables « chapelets » de crises ministérielles qui énervent l'opinion publique et sont d'un effet désastreux aux yeux des étrangers. Le remède, la Constitution le prévoit. Puisque l'on ne peut trouver de majorité, il ne reste plus qu'à faire appel à l'opinion publique.

Le principe est très bon car il fait de la nation toute entière, l'arbitre, le juge qui départage les deux pouvoirs en conflit. Malheureusement l'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 prévoit l'avis conforme du Sénat, ce qui est gênant. Il semble qu'il vaudrait mieux modifier cet article et dire : « Le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Conseil des Ministres, dissoudre la Chambre des députés avant l'expiration légale de son mandat. »

Le Parlement voit, chaque jour, ses attributions devenir plus nombreuses, et même du fait que la Constitution n'a pas prévu le contrôle de la constitutionnalité des lois, il peut faire des actes illégaux auxquels l'exécutif ne peut pas s'opposer efficacement. Le régime parlementaire a donc été faussé et pendant très longtemps a tendu vers le régime conventionnel. De nos jours, au moyen des décrets-lois, l'exécutif amorce une tentative de résistance, et, bien plus, de domination du Parlement. Il affirme sa volonté de réagir et le Parlement se borne maintenant, bien souvent, à ratifier les Décrets qui lui sont soumis par l'exécutif. Nous n'irons tout de même pas jusqu'à dire que l'exécutif a réduit à néant les pouvoirs du Parlement, car nous serions bien loin de la réalité; il a tout simplement secoué le joug du législatif.

En définitive, il nous faut constater que la Constitution de 1875, dans ses grandes lignes, semble bien vouloir admettre et consacrer la séparation des pouvoirs, mais son manque de précision sur les rapports entre les pouvoirs publics et le rôle important de la coutume en cette matière ont permis une déformation du régime parlementaire, ce qui a fait dire à certains auteurs que nos textes constitutionnels n'admettaient pas la séparation des pouvoirs. C'est justement l'opinion des auteurs sur cette question que nous allons maintenant envisager.

3° *Opinion des auteurs modernes.*

Nous n'entreprendrons pas ici une étude détaillée des opinions émises sur la séparation des pouvoirs; nous nous contenterons de rapporter schématiquement les positions prises par ces auteurs vis-à-vis de ce principe.

Voyons tout d'abord ce que l'on pensait de la question très peu de temps après l'entrée en vigueur de notre Constitution.

Fuzier Herman (« La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé », Paris 1880) distingue en séparation des pouvoirs par matières, qui aboutit à la négation de la séparation, et en séparation par fonctions qui, à son avis, donne toute satisfaction. Il nous parle de la non rigidité du principe de séparation (pp. 297 et suiv.) : « Le principe de la séparation des pouvoirs ne saurait toujours être inflexible; il est tout de modération et d'équilibre et se manquerait à lui-même s'il n'était susceptible d'entrer en tempérament avec d'autres principes introduits dans les constitutions et durables, par l'expérience et par la prudence. Il y a des exceptions et des accommodements. La règle de la séparation des pouvoirs n'a pas uniquement subi chez nous, quelques violations fâcheuses; elle a aussi admis des exceptions salutaires car elle a dû, dans des cas assez rares où elle s'est trouvée en conflit avec d'autres principes également respectables et utiles, et leur faire part et fléchir légèrement. De plus, il existe entre les pouvoirs, notamment entre le législatif et l'exécutif un rapprochement si étroit, une communication si constante qu'ils arrivent à se fondre sur certains points, et que par là leur séparation ne peut être considérée que

comme purement théorique. » A la page 312, il nous cite un passage de Rossi (« Cours de Droit constitutionnel », L. IV, 94^e leçon) où celui-ci nous expose le principe de collaboration des pouvoirs. Plus loin (p. 591), il nous cite Tissot (« Principe de Droit public », 1^{re} partie, L. 1, n^o 5), qui explique la séparation des pouvoirs tout comme Montesquieu. Fuzier Herman conclut que les pouvoirs sont hiérarchisés, qu'ils sont subordonnés en un certain sens et que leur séparation signifie seulement qu'ils ne peuvent empiéter sur leurs attributions mutuelles.

Saint-Girons, à la même époque (« Essai sur la séparation des pouvoirs dans le Droit public français », Paris 1881), nous donne son opinion sur la séparation des pouvoirs (pp. 135 à 142) : « Pour que le gouvernement représentatif soit un régime de liberté, il faut séparer les organes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, les rendre indépendants l'un de l'autre et unir ces pouvoirs dans une action commune. L'indépendance des pouvoirs prévient la dictature unique ou collective, l'union des pouvoirs fait éviter les conflits perpétuels ou donne un moyen de les vider. » Saint-Girons veut donc des pouvoirs indépendants mais qui collaborent; n'est-ce pas justement là le principe du régime parlementaire. Il réfute l'argument invoqué par Bentham contre la séparation des pouvoirs. « Des pouvoirs séparés et indépendants ne forment point d'ensemble; un gouvernement ainsi constitué ne saurait se maintenir. »

Pour Saint-Girons, la séparation des pouvoirs ne signifie, ni isolement, ni équilibre; l'union dans l'activité est nécessaire aux pouvoirs. Il affirme de nouveau ceci dans son « Manuel de Droit constitutionnel » (pp. 83-84) : « La vraie formule de la séparation des pouvoirs affirme la nécessité de rendre le pouvoir législatif et exécutif indépendants dans leur existence, unis dans une action commune pour la gestion des affaires publiques. »

Arthur (R. D. P., 1900, p. 217) nous dit que : Séparation des pouvoirs égale Séparation des fonctions. En 1904 (« Séparation des pouvoirs et des fonctions »), il répète à nouveau : « Les pouvoirs ne peuvent se distinguer que d'après la nature des fonctions exercées ». Le raisonnement théoriquement logique ne s'oppose pas, d'après lui, à ce qu'elles soient exercées indifféremment par tel ou tel organe, comme c'était le cas sous l'ancien régime. De nos jours aussi, il y a une certaine confusion ; le législatif intervient en matière administrative par des décisions sur des points particuliers et le chef de l'Etat voit, dans certains cas, son pouvoir étendu à un droit de réglementation d'ordre général. Il résulte justement de ceci que, contrairement à ce que pense M. Arthur, la distinction des pouvoirs ne peut pas être fondée, en droit positif français, sur la distinction des fonctions matérielles. Et c'est parce que le domaine des diverses autorités est ainsi flottant, sans limites fixes qu'il est impossible de délimiter « ne varierait » l'activité de chacune d'elles et qu'on a pu envisager à plusieurs reprises le transfert d'attribution des unes aux autres.

De Lapradelle (« Cours de Droit constitutionnel ») admet que la séparation des pouvoirs est l'application même à la Société politique du principe qui s'applique aux Sociétés économiques, le principe de la division du travail.

Le Courtois du Manoir (« L'interprétation des lois par le législateur et le principe de la Séparation des pouvoirs, législatif et judiciaire », Thèse Paris, 1909). Après avoir constaté que les trois pouvoirs ne peuvent être chacun souverains dans leur sphère, nous dit : « Il faut donc dire en réalité séparation des organes du pouvoir, et encore cette séparation ne doit être considérée que comme une application de la division du travail. Dans l'Etat, les différents organes du pouvoir travaillent chacun pour sa part

à l'œuvre commune, sont étroitement liés et subordonnés les uns aux autres, dominés qu'ils sont par l'expression de la volonté souveraine inscrite dans la loi. » Nous retrouvons donc ici cette idée de division du travail qui s'affirme en même temps que l'idée de différenciation des fonctions.

Dubois Richard (« Organisation technique de l'Etat », Paris, Sirey, 1930) reprend cette idée. Il est frappé par la ressemblance qui existe entre la règle politique de la séparation des pouvoirs et la règle économique de la division du travail. Il conclut : « Il faut que la division des fonctions entre les Assemblées et le Gouvernement ressemble de plus en plus à une division du travail étudiée et dirigée. La séparation des pouvoirs, instituée jadis dans un but exclusivement individualiste, ne peut se concilier désormais avec l'interdépendance active de tous les éléments de l'Etat que si elle se transforme en une division du travail ordonnée et coordonnée. »

Lafabrègue (« Dissolution des Assemblées parlementaires », Thèse Toulouse, 1912) n'admet pas une séparation absolue des pouvoirs après avoir dit : « Toutes les constitutions modernes sont établies sur le principe de la séparation des pouvoirs en vertu duquel les attributs de la Souveraineté doivent être confiés à des titulaires différents et indépendants les uns des autres. Ce principe, dit-il, a été introduit dans les divers gouvernements, comme une précaution dont le bon sens et l'expérience ont démontré l'utilité, contre les abus possibles d'un pouvoir trop grand. » A la page 49, il nous dit que l'expérience ayant démontré le danger de la séparation absolue, « l'équilibre ne peut être maintenu dans l'Etat que si l'on admet entre les organes politiques essentiels une solidarité qui se traduit effectivement par une collaboration et un contrôle continuels. Cet accord entre les divers pouvoirs est le fondement même du régime parlementaire. » La séparation des

pouvoirs signifie simplement pour lui « que chaque pouvoir distinct doit avoir des titulaires propres, exclusivement compétents dans leurs sphères propres. Sauf un contrôle réciproque exercé dans les limites de leurs attributions, et qui ne puissent mutuellement se révoquer. »

Boissier (« Le principe de la séparation des pouvoirs dans l'établissement de la démocratie Suisse », Thèse Genève, 1919), nous dit que les fonctions de l'Etat sont différentes par la tâche qui leur incombe et par l'esprit qui les anime. Leur séparation est nécessaire et ne peut être accomplie que si on leur accorde une indépendance suffisante qui fasse d'elles de véritables pouvoirs. « Aucun organe de l'Etat n'a un pouvoir qui lui soit propre, mais chacun représente dans les limites de sa compétence le pouvoir de l'Etat. Il ne peut donc être question d'un partage de pouvoirs mais seulement d'une répartition des compétences; cela est certain et personne ne songerait, actuellement, à le nier, mais il ne s'ensuit nullement que le principe de la séparation des pouvoirs soit faux, si on l'envisage dans sa signification vraie, comme réalité politique et non pas comme théorie abstraite. Les pouvoirs doivent être séparés non pas pour satisfaire aux exigences d'une théorie de l'Etat, mais parce que leur séparation leur assure une garantie nécessaire d'indépendance. Cette séparation est relative et parfois très atténuée, mais quel est le principe qui ne souffre pas d'exceptions. »

Carré de Malberg (« Contribution à la théorie générale de l'Etat », 1920) : Ayant attaqué la théorie de Montesquieu, nous pouvions nous attendre à ce qu'il critique toute idée de séparation des pouvoirs dans notre Constitution (p. 262, t. I), il admet cependant l'existence dans l'Etat de trois grands pouvoirs, de trois sortes d'activités, et un peu plus loin (p. 275, t. I), il constate que la répartition des compétences entre les organes ne coïncide pas directement avec

la distinction objective des fonctions. Il constate (p. 34, t. II) que chaque organe étatique cumule des fonctions et ce cumul il le considère comme inévitable. La compétence des organes ne saurait coïncider avec la distinction des fonctions car, en droit, ce n'est pas la classification rationnelle et préconçue des fonctions qui détermine la compétence, mais c'est au contraire la compétence des organes qui doit déterminer la distinction juridique des fonctions. Il repousse, avec juste raison, toute idée de séparation absolue des fonctions. En parlant du Régime parlementaire (t. II, p. 47), il dit qu'il associe les pouvoirs et les fait collaborer et que « par la fusion organique qu'il opère entre les pouvoirs exécutifs et législatifs, il apparaît comme étant tout juste l'opposé de la séparation des pouvoirs ». Le parlementarisme maintient nominalement la séparation des pouvoirs, mais en définitive tout tend à faire prédominer une autorité sur l'autre. Il constate plus loin que le dualisme établi par la constitution de 1875 n'a pu se maintenir et que le cabinet n'est qu'un commis du Parlement. (Ceci était écrit en 1920 au moment où le Parlement dirigeait évidemment presque entièrement toutes les affaires de l'Etat.) A partir de la page 104 (tome II), il se livre à une critique très vive du régime parlementaire; il exclut le principe d'égalité entre les organes disant que la dualité elle-même ne tarde pas à s'évanouir. Pour Carré de Malberg, la séparation des pouvoirs apparaît comme irréalisable et non réalisée en droit positif : « Ni la division de la puissance de l'Etat en trois pouvoirs distincts, ni la spécialisation des organes et l'absence des relations entre des titulaires différents, ni l'indépendance des organes et l'absence des relations entre eux, ni l'égalité des pouvoirs ou des autorités préposées à leur exercice n'ont été reconnues possibles. » Il est tout de même obligé de reconnaître (t. II, p. 112) que le Droit public français comporte une certaine séparation des pouvoirs. Pour lui, il faut partir d'une distinction formelle

pour déterminer le genre spécial de séparation qui se trouve véritablement consacré en France par le droit positif actuel. Plus loin, il nous dit (t. II, p. 121) : « Lorsque la loi s'attache à la séparation des pouvoirs telle qu'elle résulte du système positif du Droit français, on constate que cette séparation consiste, non point à répartir entre les divers organes des fonctions différentes les unes des autres, mais bien à attribuer à chaque sorte d'organe ou d'autorité des degrés différents de puissance dans l'exercice de fonctions qui, par ailleurs, sont semblables, en grande partie du moins. » Pour Carré de Malberg, la séparation des pouvoirs se trouve ramenée à une séparation dans les degrés de puissance des diverses sortes d'autorités, ce qui est tout autre chose qu'une séparation des fonctions. D'après lui, les puissances modernes ont substitué à la séparation des pouvoirs l'idée de limitation des pouvoirs de l'organe suprême : « La limitation des pouvoirs n'implique pas une division des pouvoirs qui atteindrait l'État lui-même en détruisant son unité et en paralysant sa force d'action; elle ne consiste pas davantage en une sorte de spécialisation de fonctions; elle ne prétend pas, non plus, empêcher qu'il y ait un organe plus puissant que les autres et c'est ainsi notamment que le parlementarisme, bien loin de fonder l'égalité des organes a, au contraire, pour but avéré d'assurer la prépondérance de l'un d'eux, mais elle fixe à cette prépondérance certaines limites. »

D'après Carré de Malberg, la séparation s'établit aujourd'hui entre le corps des électeurs et celui des élus; elle ne porte plus sur des fonctions matérielles, mais elle tend à limiter l'influence des élus par celle des électeurs; elle se fonde enfin sur un fait politique, l'accroissement si considérable à l'heure actuelle, de la puissance de l'opinion populaire. C'est donc au corps électoral qu'il appartient de contre-balancer la toute puissance des Chambres. Il ne

veut faire aucune place à la séparation des pouvoirs dans nos institutions, car il n'admet pas une notion souple de cette séparation.

Hauriou (« Précis de Droit constitutionnel », 1923) montre que les pouvoirs publics sont distincts et que la séparation des pouvoirs ne doit pas être calquée sur celle des fonctions (p. 395 et suiv.). On ne doit pas confondre les pouvoirs publics, même avec les fonctions qu'ils remplissent d'une façon principale, non seulement parce que chacun d'eux intervient dans leurs fonctions accessoires, mais encore parce que dans l'accomplissement de leur fonction principale, chacun d'eux supporte le concours des autres pouvoirs et par conséquent n'accomplit pas seul sa fonction. En 1933 (« Précis de Droit constitutionnel »), il dit qu'il ne faut pas confondre la séparation des pouvoirs ni avec la séparation des organes, qui sont les organisations de Gouvernement chargées de vouloir, ni avec la séparation des fonctions qui sont les tâches à remplir par les organes avec leurs pouvoirs. Il conclut qu'une bonne interprétation de la séparation des pouvoirs a été fournie par le gouvernement parlementaire qui introduit la collaboration entre le Parlement et l'exécutif dans l'accomplissement des mêmes fonctions. Il reproche seulement de n'avoir pas trouvé un autre terme pour désigner la situation actuelle : « Ce qu'il y a de plus défectueux dans la théorie de la séparation des pouvoirs, c'est la rubrique même qui la désigne et qui n'en exprime pas toute la réalité. Les pouvoirs publics sont séparés, mais ils collaborent aux mêmes fonctions gouvernementales et de cette collaboration résulte entre eux des liaisons; sans doute ils ne pourraient point collaborer s'ils n'étaient séparés et la séparation reste la condition première de l'opération, mais il est regrettable que l'on n'ait pu trouver une rubrique qui associe à l'idée de séparation celle de collaboration et de liaison. » Ce raisonnement nous paraît fort juste.

Esmein (« *Elément de Droit constitutionnel français et comparé* », Paris 1927-1928, 8^e édit.), constate (p. 524) que le gouvernement parlementaire, s'il ne donne pas une séparation absolue des pouvoirs la maintient cependant, mais d'une façon atténuée, s'il n'admet pas la séparation tranchée de l'exécutif et du législatif, il ne les confond cependant pas, il admet seulement entre eux une certaine pénétration réciproque. Il nous dit que le régime de séparation des pouvoirs, réduit à sa plus simple expression, consiste en cette idée que les attributs de la souveraineté considérés comme vraiment distincts, doivent être délégués par la Nation à des titulaires divers et indépendants les uns des autres. Esmein soutient que la France présente bien un régime de dualité des pouvoirs puisqu'il donne à l'Etat deux organes distincts et indépendants : le Parlement et le Chef de l'Etat. Deux organes qui ont des puissances distinctes entre lesquelles on s'applique à maintenir l'équilibre. Ainsi, d'après lui, le parlementarisme reste bien un système de dualité et de séparation des pouvoirs car la puissance étatique s'y trouve selon cette doctrine partagée en deux titulaires primordiaux qui, il est vrai, ne sont pas en tous points séparés puisqu'ils trouvent dans le Ministère un point de contact et de jonction, mais qui sont du moins constitués l'un en face de l'autre comme deux autorités opposées possédant chacune leur puissance propre et destinées à se faire contrepoids et appelées à traiter l'une avec l'autre. Il est certain que des rapports doivent s'établir entre les divers pouvoirs et que leur action doit être coordonnée. Il est même inévitable que l'un ait la prépondérance, et Esmein admet que c'est le législatif; mais cela empêche-t-il la séparation des pouvoirs ? Non. « Les pouvoirs reconnus distincts doivent devenir des titulaires non seulement distincts mais indépendants les uns des autres, en ce sens que l'un des pouvoirs ne puisse pas révoquer par volonté le titulaire d'une autre pouvoir. C'est là dans l'irrévocabilité que git le

principe actif et bienfaisant; c'est par là que les divers pouvoirs peuvent véritablement, dans la limite de leurs attributions, se contrôler les uns les autres et s'opposer, au besoin, sur le terrain légal, ces résistances pacifiques qui sauvegardent la liberté publique. » (T. I, pp. 505-506, 8^e édit.)

Duguît (« Traité de Droit constitutionnel », 1927-1930) dit (T. II, p. 661) que de nos jours, sous le nom de séparation des pouvoirs, il y a une collaboration des organes de représentation et une répartition de fonctions, ceci n'a rien de commun avec ce qui se passait en 1791. Il s'élève contre la confusion de la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions. Après avoir déclaré que dans la Constitution de 1875 aucun texte ne parle de la séparation des pouvoirs, il dit que l'Assemblée constituante semble avoir voulu rester dans la tradition de 1791 et 1848. Aux pages 684 et suivantes, il nous expose ce qu'il entend par séparation des pouvoirs: « Il est facile de montrer que ce que l'on appelle aujourd'hui séparation des pouvoirs: c'est une règle en vertu de laquelle il existe, entre plusieurs organes de représentation de la souveraineté nationale, une action réciproque de l'un sur l'autre et aussi une séparation entre le personnel administratif et le personnel judiciaire. Toute notre vie politique proteste contre l'isolement complet des différents organismes et implique, au contraire, leur pénétration intime. » A la page 805, il nous parle du régime parlementaire qui pour lui repose sur l'égalité des deux organes de l'Etat: le Parlement et le Gouvernement, sur leur intime collaboration à toute activité de l'Etat et sur l'action qu'ils exercent l'un sur l'autre pour se limiter réciproquement. La première condition pour qu'un régime parlementaire puisse fonctionner normalement, c'est que le Gouvernement et le Parlement soient égaux en prestige et en influence quelle que soit d'ailleurs l'origine de ces deux organes: il faut collaboration. Duguît, tout comme Esmein, soutient que le parlementarisme maintient la sépa-

ration des pouvoirs : « Si le régime parlementaire implique à certains égards l'Association des pouvoirs en tant qu'il vise à assurer la collaboration du Gouvernement et du Parlement, il fonde aussi la séparation des pouvoirs en tant qu'il réserve respectivement à chacune de ces autorités certaines facultés ou prérogatives destinées à assurer, dans leurs relations mutuelles, leur indépendance et même leur égalité.

Barthélémy et Duez (« *Traité de Droit constitutionnel* », 1933) : Pour eux, la séparation des pouvoirs ne doit pas être autre chose qu'une règle de sagesse politique; ils disent (p. 138) : « La séparation des pouvoirs est donc un principe d'art politique qu'on peut ainsi formuler : il est concevable, tant du point de vue du bon fonctionnement des services publics qu'au point de vue du respect par l'Etat des libertés individuelles que les diverses fonctions étatiques soient exercées par des organes distincts et jouissant les uns à l'égard des autres, d'une certaine indépendance. » Ils constatent que la Constitution de 1875 consacre la séparation des pouvoirs sous la forme d'un régime parlementaire. Mais il n'y a pas disent-ils, séparation absolue; il y a pénétration et collaboration intime et constante des deux organes. L'action réciproque du Parlement et du Gouvernement assure cette collaboration constante des pouvoirs séparés.

Berthélémy (« *Traité élémentaire de Droit administratif* », 13^e édit., 1933) reconnaît que la Constitution confie à deux autorités distinctes les deux fonctions essentielles de l'organisme politique, faire les lois et les exécuter. Le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas une vérité juridique; pour lui, c'est une précaution politique qui comporte d'ailleurs quelques tempéraments et quelques exceptions. La règle serait plus fâcheuse que sage, en effet, si elle voulait dire que les deux pouvoirs doivent être abso-

lument étrangers l'un à l'autre. Il importe, au contraire, qu'ils se pénètrent et se limitent l'un l'autre et qu'ils s'accordent. Berthélémy admet donc une séparation atténuée des pouvoirs en même temps que leur collaboration.

Bonnard (« Précis élémentaire de Droit public », 1934) nous signale qu'il y a plusieurs procédés pour répartir les fonctions de l'Etat : la séparation qui comprend attribution exclusive de chaque fonction, ainsi que l'indépendance réciproque des groupes d'organes. La collaboration : les organes Parlement et Gouvernement collaborent; chacun d'eux a bien pour fonction essentielle de remplir la fonction qui lui correspond en principe; seulement chacun d'eux est appelé à participer à la fonction de l'autre et peut, en outre, exercer une certaine action sur lui pour le déterminer à agir ou à s'abstenir. Il fait une distinction entre les fonctions formelles et matérielles de l'Etat; il constate que l'on trouve des actes législatifs au point de vue matériel qui ont été placés dans la compétence des organes administratifs et qui, parce que faits par des organes qualifiés administratifs, sont au point de vue organique ou formel des actes administratifs.

Conclusion.

Les exemples fournis par la Constitution des U. S. A. et ceux de nos Constitutions révolutionnaires de 1791 et de l'an III ont montré aux Constituants de 1875 le danger qu'il y avait à établir une séparation absolue. Ils ont suivi le sage conseil que donnait Mounier à l'Assemblée constituante de 1789.

« Il faut combiner l'organisation des divers pouvoirs de manière qu'ils ne soient jamais remis dans les mêmes mains... pour qu'ils restent divisés il faut qu'ils soient garantis contre leurs attaques et leurs usurpations réciproques... pour qu'ils restent à jamais divisés, il ne faut pas les séparer entièrement. » Par ces mots, il avait mis l'Assemblée en garde contre la séparation absolue qui conduit toujours à des solutions extrêmes. En effet, si la division est une garantie nécessaire des libertés publiques et de l'ordre dans l'Etat, l'absolue séparation est une cause certaine d'anarchie et de despotisme; d'anarchie par les conflits qu'elle suscite, de despotisme par les coups d'Etat qu'elle provoque.

La séparation absolue a échoué car un des pouvoirs étant le plus fort en a profité pour pressurer les autres. L'équilibre des pouvoirs doit être réalisé par des contre-poids qui balancent les prérogatives de chacun d'eux. Si les conflits se produisent entre eux, il faut laisser à la nation, au corps électoral le soin de les résoudre. C'est le résultat qui a été obtenu par le Gouvernement parlementaire qui assure une collaboration constante du législatif et de l'exécutif et un contrôle réciproque de l'un sur l'autre. Les organes de l'Etat sont comme les rouages d'une machine qui ne peuvent être isolés les uns des autres, mais dont l'union et la collaboration constante sont nécessaires pour aboutir à une fin commune. La collaboration des pouvoirs n'implique cependant pas que l'on repousse toute idée de séparation des pouvoirs. Jellineck n'a pas craint de nommer la séparation des pouvoirs : « la garantie la plus importante de l'ordre étatique ».

Notre Constitution n'a cependant consacré la séparation des pouvoirs par aucun texte semblable à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ceci ne suffit pas à faire rejeter toute idée de séparation.

Certains auteurs, comme Duguít, Hauriou, vont même jusqu'à reconnaître une valeur entière aux textes constitutionnels révolutionnaires; nous ne les suivrons pas jusque là et nous dirons avec Berthélemy et Esmein que ces textes n'ont qu'une simple valeur philosophique et s'ils avaient conservé une valeur, elle n'aurait rien de constitutionnel et une tentative faite le 21 décembre 1909 pour introduire la Déclaration des droits de 1789 dans notre Constitution n'a pas eu de suites.

Nous ne pouvons tout de même pas dire que nous vivons sous un régime de confusion des pouvoirs mais, comme le constatent la plupart des auteurs que nous avons étudiés, la séparation des pouvoirs que l'on peut trouver de nos jours n'a plus le même sens qu'en 1789 puisqu'elle suppose des points de contact entre les pouvoirs. Après avoir remarqué que notre Constitution crée deux organes distincts, le législatif et l'exécutif, nous sommes obligés de constater qu'ils collaborent et que dans certains cas leur compétence chevauche l'une sur l'autre. L'union de ces pouvoirs est indispensable car leur séparation totale, comme nous l'avons vu plus haut, serait aussi nuisible à la liberté que leur fusion complète bien plus leur intime collaboration est nécessaire à l'activité de l'Etat et ils doivent constamment exercer, les uns sur les autres, une action vigilante afin de se limiter réciproquement. Enfin, les trois pouvoirs ne sauraient se résoudre en un seul; aucun ne peut avoir la souveraineté qui appartient à l'Etat considéré comme entité juridique. Mais l'Etat est une fiction et ce sont des individus qui vont vouloir et agir pour lui; ces autorités ont une délégation qui leur est accordée par l'ensemble des citoyens, les pouvoirs ne peuvent donc qu'être séparés et collaborer. Le concours des pouvoirs constitue le gouvernement, donc aucun des pouvoirs ne peut refuser ce concours sans détruire le gouvernement et sans entrer en état de révolution.

Aucun des pouvoirs ne peut constitutionnellement faire de son pouvoir un abus, celui des pouvoirs qui agirait ainsi sortirait de la Constitution.

Le régime parlementaire sous lequel nous vivons constitue un régime de séparation des pouvoirs en théorie, mais en réalité cette dualité n'admet pas une séparation totale. Il maintient les deux pouvoirs, mais ce n'est là qu'une apparence derrière laquelle le Parlement était peu à peu arrivé à accaparer tout le pouvoir politique. En contrôlant toutes les activités des ministres, il a été amené à abuser de son pouvoir et à se substituer, dans certains cas, à l'exécutif. Le régime des Décrets-lois a marqué un essai de résistance de la part du pouvoir exécutif auquel le Parlement a été obligé de se soumettre. Le gouvernement parlementaire, tout en admettant la séparation des pouvoirs peut être, par une déformation de ce principe, amené soit à la dictature anonyme des Assemblées (fâcheux, car elles sont composées de nombreux partis indisciplinés), soit à la dictature collective du cabinet, tout aussi dangereuse.

Nous voyons donc que la Constitution de 1875, en établissant le régime parlementaire, a entendu ménager une certaine place à la séparation des pouvoirs. Malheureusement, si tel est le principe, dès que nous passons à la pratique, au droit positif français actuel, nous sommes obligés de constater que le principe a subi de nombreuses atteintes que nous classerons en deux catégories : tout d'abord des limitations à la séparation des pouvoirs qui sont très souvent le fait de la collaboration des pouvoirs à la direction des affaires de l'Etat; puis des cas plus graves qui sont nettement opposés à l'esprit de séparation dont s'inspire tout gouvernement parlementaire et qui sont à proprement parler des exceptions.

Le moyen de maintenir la séparation des pouvoirs est d'établir une autorité supérieure pour arbitrer les conflits

entre exécutif et législatif; c'est le peuple qui doit logiquement la constituer, tout comme en Angleterre, et il doit pouvoir ainsi être à même de donner son opinion dans les cas graves; pour cela, il faudrait faire du droit de dissolution une réalité pratique.

Le principe de la séparation des pouvoirs, si faible soit-il, se trouve donc bien tout de même dans nos institutions. Les discussions dans lesquelles se lancent la plupart des auteurs en sa faveur ou contre lui sont une preuve de plus de sa réalité; on ne discute pas avec autant d'ardeur sur un principe qui n'aurait plus qu'une valeur historique !

SECTION II

Y A-T-IL DEUX OU TROIS POUVOIRS

Généralités.

Y a-t-il deux ou trois pouvoirs ? Voici la question que nous devons maintenant nous poser. Certains auteurs, devons-nous signaler tout d'abord, ne se contentent pas de de voir dans l'Etat deux ou trois pouvoirs. Benjamin Constant ajoute aux trois pouvoirs de Montesquieu, législatif, exécutif et judiciaire, le pouvoir modérateur ou royal. Bluntschli en voit cinq ; tout d'abord le pouvoir législatif, puis le pouvoir gouvernemental, le pouvoir judiciaire, administration et soin des intérêts matériels ou économie publique, surveillance et soin des éléments civilisateurs ou culture publique. G. Renard (« Souveraineté et parlementarisme », Cahier de la Nouvelle Journée, N° 4, pp. 112 à 121), distingue : le pouvoir juridique représenté par la justice et le pouvoir politique représenté par l'autorité parlementaire et par le pouvoir exécutif. Dans le pouvoir politique, il distingue un équilibre ternaire entre : pouvoir législatif, exécutif et électoral, en donnant la primauté à l'exécutif. Hauriou (« Précis de Droit constitutionnel », pp. 348 et suiv.), nous donne : le pouvoir exécutif ou de décision, représenté par l'organe exécutif. Le pouvoir délibérant représenté par les Assemblées parlementaires. Le

pouvoir de suffrage représenté par le corps électoral, la primauté, pour lui, devant appartenir à l'exécutif. D'autres auteurs vont jusqu'à en trouver six, sept et même huit. Nous ne poursuivrons pas cette étude qui ne présente aucun intérêt pratique.

Dans l'étude que nous avons faite de la séparation des pouvoirs, nous avons surtout parlé des pouvoirs législatif et exécutif qui se trouvent, à n'en pas douter, dans tous les pays, dans toutes les constitutions, plus ou moins séparés. En examinant de plus près, l'organisation interne de l'Etat, nous devons nous demander ce qu'il faut penser de la justice. Devons-nous en faire un pouvoir séparé ou devons-nous le joindre à l'un des deux précédemment rencontrés; c'est le problème que nous allons essayer de résoudre maintenant.

Une fois que nous aurons déterminé la place qu'occupe la justice, dans l'organisation interne de l'Etat, il nous restera à nous demander brièvement ce qu'il faut penser du contentieux administratif; ce sera l'objet du second chapitre de cette section deuxième.

CHAPITRE PREMIER

Situation de la Justice parmi les autres pouvoirs.

§ 1^{er}. *Etude historique de la question.*

§ 2. *La Justice est-elle un pouvoir séparé de nos jours ?*

Conclusion

§ 1^{er}. ETUDE HISTORIQUE DE LA QUESTION.

Nous ne remonterons pas trop loin dans le passé pour ne pas encombrer inutilement la question. Voyons tout de suite ce qui se passait dans l'ancien régime. A partir de 1214, la justice, le Parlement est détaché du Conseil du Roi et tend à former un pouvoir à part sous le contrôle de l'autorité royale qui à tout instant peut résilier la délégation et reprendre l'affaire en main. La justice prend vite de l'importance, les Parlements vont même jusqu'à s'immiscer dans la législation où ils tiennent très souvent l'absolutisme royal en échec. Jusqu'en 1789, la justice sans former, à proprement parler, un pouvoir autonome acquiert une certaine indépendance encore accrue du fait de l'hérédité des charges. A la révolution, tout le monde est d'accord pour se méfier d'elle et pour diminuer son pouvoir.

Que pensaient de tout ceci les auteurs qui furent les apôtres de la séparation des pouvoirs? Locke ne voit pas, dans la Justice un pouvoir distinct et la rattache tout bonnement au législatif. Montesquieu voit trois pouvoirs : pour lui la Justice est indépendante et égale aux autres avec qui elle collabore.

Avec la révolution, nous assistons au spectacle lamentable de la séparation absolue des pouvoirs. De 1789 à l'an VIII, la justice forme un pouvoir séparé, complètement indépendant des autres. Pour obtenir cette indépendance, on n'avait vu qu'un moyen, faire élire les Juges. Les résultats furent effroyables, les juges se signalaient très souvent par une incompétence totale. Donc, dans les Constitutions de 1791 et de l'an III, il y a division tripartite. A partir de l'an VIII, nous assistons à un changement, la constitution ne parle même plus du pouvoir judiciaire, mais tout laisse supposer qu'elle entendait le rattacher à l'exécutif. Dans la Charte de 1814, il n'est de même pas question de la justice que l'on s'accorde à rattacher à l'exécutif. Aux dires de certains auteurs l'acte additionnel de 1815 promettait une séparation. Dans la Charte de 1830, ceci beaucoup plus net, on ne parle de la justice que dans la partie de la Constitution réservée au pouvoir exécutif. En 1848, retour aux idées révolutionnaires; on fait de nouveau de la justice un pouvoir séparé, mais avec le second Empire, nous la voyons à nouveau rattachée à l'exécutif.

Dans les Constitutions qui précèdent la nôtre, nous voyons que la justice est rarement considérée comme un pouvoir séparé, les U. S. A. et la Suisse, qui avaient admis la séparation ont été obligés de l'abandonner; en revanche nous voyons qu'elle est très souvent rattachée à l'exécutif.

§ 2. LA JUSTICE EST-ELLE UN POUVOIR SÉPARÉ DE NOS JOURS ?

Si nous étudions les textes constitutionnels de 1875, nous constatons que la Loi du 25 février 1875 ne fixe l'organisation que de deux pouvoirs : le législatif et l'exécutif et que les lois constitutionnelles qui suivent ne parlent même pas de la Justice. « Qu'à cela ne tienne, dit M. de la Pradelle, on n'avait pas besoin de mentionner le pouvoir judiciaire puisque nos Constituants entendaient se référer aux grands principes de 1789. » Une telle théorie nous paraît absolument insoutenable de même que sa discussion où il essaye de nous démontrer que la Justice a été aussi souvent séparée des autres pouvoirs que jointe à l'un d'eux.

D'après la Constitution, il semble bien, que de nos jours, il ne reste plus que deux pouvoirs : le pouvoir législatif qui fait des lois, règles générales et objectives qui s'appliquent à tout individu et à toutes choses. L'exécutif qui doit faire exécuter les lois et les appliquer à des cas concrets : on fait une application de la règle générale et abstraite à un cas spécial et concret. Quant à la justice qui doit comparer une règle générale avec une certaine situation personnelle et objective, il semble bien qu'elle ne soit pas tellement différente de l'exécutif. Que faut-il penser de tout ceci ?

Jacquelin (« Principes dominants du contentieux administratif ») dit qu'il faut non seulement séparer l'exécutif et le législatif, mais encore le judiciaire de l'administratif. Il ajoute même « au pouvoir administratif toute l'administration et au pouvoir judiciaire toute la justice », qui pose le problème du contentieux administratif que nous étudierons plus loin.

René Linais (« Le pouvoir judiciaire dans ses rapports avec les autres pouvoirs », Thèse Paris, 1917) admet que la justice doit être un pouvoir séparé, car elle possède une mission qui lui est propre : faire application de la loi aux cas particuliers qui lui sont soumis. Il veut que le pouvoir judiciaire reste distinct du pouvoir exécutif pour mieux défendre le particulier. Il admet cependant la nomination des juges par l'exécutif, mais avec certaines garanties, car le système de l'élection, d'après lui, est mauvais, et d'une séparation trop absolue il ne sort rien de bon. L'inamovibilité est pour lui une preuve de l'autonomie et de la séparation du pouvoir judiciaire.

Carré de Malberg admet aussi que la justice est un pouvoir séparé. La caractéristique de la juridiction étant d'être une puissance consistant à imprimer aux décisions émises par la voie juridictionnelle la valeur et la force sociale de chose jugée. C'est là une puissance qui n'est pas inhérente à l'administration; c'est pourquoi la justice est en droit positif un pouvoir distinct, même au point de vue fonctionnel. Les autorités exécutives et juridictionnelles exercent deux pouvoirs différents, la séparation qui est établie entre elles est une véritable séparation des pouvoirs et non, comme le dit Duguit, la séparation de deux ordres d'agents exerçant un pouvoir commun. Il dit que la distinction entre l'administration et la juridiction se ramène au fond à cette idée que les deux fonctions doivent être tenues pour essentiellement différentes, pour cette raison qu'elles s'exercent dans des buts différents. (« Contribution à la théorie générale de l'Etat », T. I, p. 750). Mais il fait une restriction : Quand la justice se borne à appliquer les lois existantes au point de vue matériel, elle n'est pas, à son avis, dans ce cas, essentiellement différente de l'Administration.

Esmein (« Elément de Droit constitutionnel français et comparé »), à la page 540, admet que la justice est un pou-

voir séparé car, dit-il, elle paraît constituer naturellement et rationnellement une manifestation spéciale de la souveraineté. Il dit que, si la justice faisait partie de l'administration, on en reviendrait à reconstituer la justice retenue de l'ancien régime; ceci est fort discutable. Mais il ne veut pas entre la justice et l'exécutif une séparation absolue, de même qu'entre l'exécutif et le législatif. De même que l'exécutif est contrôlé par le législatif, le judiciaire sera surveillé par l'exécutif, ce rôle lui revenant naturellement, car il est permanent comme le judiciaire et que c'est lui qui nomme les juges et ceci explique comment, grâce à l'institution du Ministère public, on peut mettre en mouvement les actions qui intéressent l'ordre public et en particulier les poursuites à fins de répression.

Bonnard, dans son « Précis élémentaire de Droit public », semble aussi admettre que la justice forme un pouvoir séparé.

Mais un certain nombre d'auteurs pensent que la justice est une branche du pouvoir exécutif, et tout d'abord Saint-Girons (« Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique administratif et judiciaire ») nous dit, page 278, que l'indépendance de l'autorité judiciaire ne doit pas faire fermer les yeux sur son caractère essentiellement exécutif. Il montre que l'on rend la justice au nom du Chef de l'Etat, et que l'autorité judiciaire consacre la loi, la fait respecter et en impose de force l'exécution aux citoyens; tout ceci se rapproche de l'exécutif.

Pour Duguit (« Traité de Droit constitutionnel », t. II, p. 687), la question ne se pose même pas; il dit : « La question qui fait que la fonction de juger est une fonction tout à fait distincte de la fonction législative, exécutive et administrative, ne prouve pas qu'il puisse y avoir un pouvoir judiciaire autonome, qu'il puisse même y en avoir un. » Il faudrait, dit-il : « Démontrer que la justice est un élé-

ment détaché de la souveraineté de l'Etat incorporé en un organe de représentation, cette démonstration est impossible parce que ce fractionnement de la souveraineté est lui-même impossible. » En résumé, pour lui la juridiction n'est pas une fonction essentiellement distincte de l'Administration mais seulement une partie de la fonction administrative soumise à un régime et à des formes spéciales.

Conclusion.

Les tentatives de 1791 et de l'an III des U. S. A. et de la Suisse n'ont donné que de très mauvais résultats. Les textes révolutionnaires reflètent ce souci de séparation. L'article 10, loi des 16-24 août 1790, sépare l'administration de la justice, et l'article 13 de la même loi veut empêcher que le Parlement et le Gouvernement puissent s'immiscer dans les affaires judiciaires. Ceci se retrouve aussi dans les textes constitutionnels : Titre III, chapitre V, art. 1^{er} de la constitution de 1791 et article 202 de la Constitution de l'an III. Pour obtenir une telle autonomie de la part de la magistrature, et pour réagir contre l'hérédité des charges qui sévissait sous l'ancien régime on eut recours à l'élection des juges, le procédé se révéla fâcheux pour le bon ordre de la justice.

Nous ne pouvons tout de même conclure, aucun texte constitutionnel ne nous le permettant, et le système présentant bien trop de dangers, que la justice forme un pouvoir séparé. Faut-il, à l'opposé, penser que la justice fait partie de l'exécutif et peut être considérée comme une administration quelconque ? Nous ne le pensons pas non plus. Juger et administrer sont deux choses essentielle-

ment différentes qui ne peuvent fonctionner de la même manière. Un administrateur doit vouloir et apprécier l'opportunité, un juge doit simplement, avec intelligence, comparer un fait à une norme. Le fonctionnaire administratif doit être dans les mains de l'Etat, révocable à merci; il ne peut en être de même pour le juge qui ne doit dépendre que de sa conscience. L'acte d'un administrateur est créateur; la justice ne fait que constater une situation préexistante. L'administration a un pouvoir d'initiative, la justice doit être sollicitée. Tous ces caractères différents marquent bien que l'on ne peut comparer la justice à une administration quelconque émanant de l'exécutif.

Le législateur a d'ailleurs compris ceci en accordant aux magistrats certaines garanties. Sans doute, nous dira-t-on, dans les institutions françaises, tous les fonctionnaires ne sont pas sur un pied d'égalité : il y en a qui sont élus, d'autres qui sont réquisitionnés, d'autres enfin qui sont nommés. Les juges sont des fonctionnaires nommés par l'exécutif, mais avec des garanties spéciales; l'inamovibilité et la garantie à l'avancement, ces garanties assurent aux magistrats une certaine indépendance.

En définitive, il semble bien que nous pouvons nous rallier à l'opinion de M. Esmein, qui sans voir dans la justice un pouvoir nettement séparé de l'exécutif y voit un pouvoir qui a des attributions propres, qui, sans doute, se trouve sous le contrôle de l'exécutif, mais qui, par certains côtés originaux possède tout de même une indépendance que nous ne trouvons pas dans les autres administrations. La justice est une administration, nous dira-t-on, si l'on veut, mais une administration d'un genre spécial qui ne peut se comparer aux autres. Nous pouvons dire, en quelque sorte, que le législatif et l'exécutif sont les pouvoirs « premiers » de l'Etat, la justice ne serait qu'un pouvoir « second ».

CHAPITRE II

Question du contentieux administratif.

Dans le chapitre précédent, nous venons de voir que si la justice ne forme pas un pouvoir absolument séparé, on ne peut, tout de même, la confondre avec les autres administrations, ni en faire une branche de l'exécutif. Après avoir ainsi déterminé la situation de la justice dans l'organisation des pouvoirs publics, nous constatons que celle-ci se divise en deux branches : une justice judiciaire et une justice administrative. Nous allons dire quelques mots sur la justice administrative qui pose la question du contentieux administratif.

Déjà, sous l'ancien régime, nous trouvons des tribunaux administratifs, très souvent en conflit avec les Parlements. Cette justice était le plus souvent exercée par les administrateurs eux-mêmes, ce qui était excessivement dangereux. A la révolution on a voulu, au nom de la séparation des pouvoirs, isoler complètement l'administration de la justice judiciaire. La Constituante pose, le 22 décembre 1789, le principe que l'administration ne pourra plus être troublée par la justice. Ce même principe sera consacré plus tard et sanctionné par l'article 127 du Code pénal, disant que les tribunaux judiciaires ne peuvent s'occuper d'administration à peine de forfaiture, mais on ajoute comme contre-partie que les tribunaux administratifs ne peuvent

s'occuper de justice judiciaire (articles 130 et 131 du Code pénal). Le principe une fois posé, comment va-t-on organiser cette justice administrative ? Les révolutionnaires de 1789 n'organisent pas de tribunaux administratifs; ils vont donc aboutir à un système encore plus dangereux que sous l'ancien régime puisque c'est l'administration active, elle-même, qui va rendre la justice sans même que l'on organise un Tribunal à cet effet. L'administration sera à la fois juge et partie, aussi les particuliers hésitent à s'adresser ainsi directement à l'administration et malgré l'interdiction, ils s'adressent à la justice judiciaire. A partir de l'an VIII on organise la justice administrative en créant des tribunaux spéciaux : le Conseil d'Etat et les Conseils de Préfecture qui ont subsisté jusqu'à nos jours. Au début, le public se méfie de ces Tribunaux qui sont encore trop près de l'administration active et qui prennent trop souvent parti pour elle, ne présentant pas toutes les garanties que l'on peut exiger d'un véritable Tribunal. A cette époque, les Ministres et les Préfets jugent eux-mêmes directement et en tranchant ainsi les litiges sont à la fois juges et parties. Les progrès accomplis dans cette branche de notre droit public ont justement consisté en une tentative de plus en plus couronnée de succès, faite pour séparer le plus possible la justice administrative de l'administration active. De nos jours, le Conseil d'Etat est devenu un véritable tribunal que personne ne pense plus à critiquer, car il offre toutes garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité et on ne peut l'accuser d'être au service de l'administration, car il la condamne assez souvent. Les Conseils de Préfecture ont été et sont encore, critiqués plus vivement; un décret de 1926, en créant les Conseils de préfecture interdépartementaux, cherche à les éloigner de l'administration active. Quant aux Ministres et aux Préfets, depuis longtemps, ils n'interviennent plus personnellement.

La justice administrative a ses partisans fidèles, mais elle a aussi ses adversaires; nous allons étudier les théories des uns et des autres, ce qui nous permettra de formuler une opinion à notre tour.

Fuzier Herman (« La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé » (pp. 462 à 494), ne se montre pas très partisan de la justice administrative à laquelle il reproche de ne pas être assez séparée de l'administration active. (Il écrivait ceci en 1880.) Pour lui, les tribunaux administratifs ne sont pas des tribunaux comme les autres, car s'ils étaient seulement des tribunaux, ils devraient s'abstenir, non seulement d'interpréter les actes administratifs, mais encore de les appliquer; ils ne pourraient connaître d'aucune réclamation contre un fonctionnaire, car une telle réclamation les amène nécessairement à apprécier un acte de puissance publique dénoncé comme violant un droit. Il voudrait que la justice et l'administration soient chacune souveraines dans leur sphère; mais cela ne joue pas de nos jours, dit-il en citant une phrase de Portalis : « L'Administration ne cesse pas d'administrer même lorsqu'elle statue sur les matières contentieuses, la juridiction qu'elle exerce est le complément de l'action administrative. » Il dit, avec Dareste, qu'il ne devrait pas en être ainsi et que la justice administrative n'est qu'une branche de la justice judiciaire : « Les progrès du bon sens juridique arriveront à faire reconnaître que les tribunaux administratifs sont des tribunaux. Il n'y a pas une justice ordinaire puis une justice administrative ou commerciale; il n'y a qu'une justice qui, d'après la nature des affaires est appliquée par des tribunaux différents. Dire que la juridiction administrative est une partie intégrante de l'Administration; c'est dire que la juridiction consulaire est une partie intégrante du commerce. »

Fuzier Herman demande une fusion entre les deux branches de la justice en laissant tout de même subsister le

Conseil d'Etat qui conserverait la connaissance du recours pour excès de pouvoir et pour incompétence qui garantirait le maintien d'une sorte de police intérieure nécessaire au sein du pouvoir exécutif. Du reste, dit-il, les lois administratives sont appliquées, tous les jours, par les Tribunaux ordinaires dont les juges n'ignorent pas plus, en général, ces lois que les autres. Les seuls avantages qu'il reconnaît à la justice administrative, ce sont la rapidité et l'économie. L'« Ecole libérale », en même temps que Fuzier Herman, demande la fusion entre les deux branches qui amènera l'unité de justice en France.

Jacquelin (« De la juridiction administrative dans le Droit constitutionnel », ne voit pas du tout l'utilité d'une justice administrative; il nous dit : « Pourquoi redouterait-on les empiètements du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif plus que les empiètements sur le pouvoir législatif; ceux-ci, comme ceux-là, sont interdits et pourtant on n'a jamais tenté d'instituer un conflit d'attribution entre les tribunaux et les Chambres législatives. »

Carré de Malberg (« Contribution à la théorie générale de l'Etat ») voit avant tout dans les tribunaux administratifs de véritables tribunaux bien qu'ils participent, dans une certaine mesure, au pouvoir administratif. Il déclare (p. 777, t. I) : « Si le contentieux administratif demeure hors de la compétence des tribunaux judiciaires, il est essentiel d'observer que les autorités auxquelles il est confié forment, dans l'ensemble des autorités administratives, un groupe à part qui se caractérise à la fois par son organisation spéciale et par la tâche juridictionnelle à laquelle il est spécialement préposé. » Il admet, contrairement à ce que disent Arthur et Fuzier Herman, que ces tribunaux administratifs peuvent justement faire des actes d'administration, donner des ordres à l'Administration, casser ou réformer un acte administratif en tant que Tri-

bunal car, ici, s'il a le pouvoir d'un tribunal, il n'a pas que ceux-là, il a aussi un pouvoir d'administration.

Esmein (« *Elément de Droit constitutionnel français et comparé* », dit que le contentieux administratif se conçoit très bien, si l'on admet que le pouvoir judiciaire est une branche de l'exécutif; dans ce cas, en effet, ce dernier a pu répartir entre les agents divers, qui relèvent également de lui, les jugements des divers litiges. Cette séparation est, au contraire impossible, si on admet, comme il le fait lui-même, que le pouvoir judiciaire est en quelque sorte un pouvoir distinct qui doit intervenir toutes les fois que l'application d'une loi est contestée, toutes les fois qu'il y a à trancher un litige en fait ou en droit. Pour lui, il ne faudrait qu'une justice.

Saint-Girons (« *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire.* » a l'époque où Fuzier Herman s'élevait contre la justice administrative, cherchait, au contraire, à la défendre, montrant qu'elle donnait des garanties aux intérêts particuliers (pp. 448 et suiv.). Il cite les théories de ceux qui ont attaqué la juridiction administrative au cours du XIX^e siècle. En 1828, le duc de Broglie, et en 1871, Oscar Vallée qui dit : « La fameuse règle de la séparation des pouvoirs, établie pour la liberté, n'a guère servi qu'à étendre l'exécutif sous le nom d'administration et de justice administrative. » Aucoc aussi disait : « S'il y a, en France, des autorités différentes pour juger les Contentieux de droit privé, et les litiges de droit administratif, il n'y a qu'une justice. » Il montre que les tribunaux administratifs disent la loi entre les particuliers ou entre les personnes publiques et les particuliers : « Ils constituent des juridictions spéciales comme les Tribunaux de commerce, les Conseils de prud'hommes; ils n'en restent pas moins une branche de l'autorité judiciaire. » Saint-Girons énumère les

avantages de la justice administrative, dit qu'elle connaît bien les affaires dont elle s'occupe et défend bien les intérêts privés.

Hauriou, bien qu'il soit partisan des Tribunaux administratifs, admet qu'ils abaissent la justice et font de l'administration un pouvoir plus fort que l'autorité judiciaire.

Duguit trouve que le contentieux administratif consacre la séparation des pouvoirs. Barthélémy et Duez admettent que la justice administrative offre certains avantages.

Berthélémy (« *Traité élémentaire de Droit administratif* » (p. 1.080), dit que la juridiction administrative n'est pas un démembrement de la justice judiciaire; elle est un organe juridictionnel spécial par lequel le pouvoir exécutif impose à l'administration active le respect du droit. Les tribunaux administratifs n'ont pas pris leur rôle à une autorité judiciaire; ils sont une des formes par lesquelles l'autorité administrative s'exerce.

Bonnard (« *Précis élémentaire de Droit public* ») : Pour lui, la justice administrative consacre la séparation des pouvoirs. Il semble admettre que les tribunaux judiciaires seraient cependant capables de connaître des affaires administratives, de nos jours, car on n'a plus à les craindre comme au lendemain de la Révolution. Mais, tout de même, il se prononce en faveur du maintien des Tribunaux administratifs qui sont plus aptes à juger ces affaires, étant plus au courant.

Pour conclure, nous pouvons dire que le Contentieux administratif, s'il ne consacre pas, comme le croient certains auteurs, la séparation des pouvoirs entre l'administration et la justice, est le résultat d'une division du travail avec spécialisation des organes qui s'est manifestée à l'intérieur de la justice qui est une. Sans doute, nous objectera-t-on les juges administratifs ne peuvent être comparés aux

juges de l'ordre judiciaire; ils ne jouissent pas des mêmes garanties; ils ne sont pas inamovibles ! Qu'à cela ne tienne ! Nous voulons bien accorder l'inamovibilité aux Conseillers de Préfecture interdépartementaux, bien qu'en définitive cet organe, qui a vu accroître sa compétence par un décret du 30 octobre 1935, puisse être supprimé sans grand danger. Quant au Conseil d'Etat, point n'est besoin d'accorder l'inamovibilité à ses membres qui sont assez indépendants et dont le mode de recrutement est une garantie pour les particuliers et même pour l'Etat.

Une fusion entre les deux justices ou plus exactement entre les deux branches de la même justice n'a rien en soi d'irréalisable. Un certain nombre de pays confient la connaissance des affaires administratives aux tribunaux judiciaires : Belgique, Hollande, Norvège, Danemark, Pologne, Roumanie, Grèce, et la justice n'est pas plus mal rendue pour cela. Sans la présenter comme absolument nécessaire, nous n'hésitons pas à dire qu'elle n'entraînerait aucun inconvénient. Nous demanderions seulement, comme la plupart des auteurs partisans de cette fusion, que l'on conserve le Conseil d'Etat pour qu'il continue à assurer l'équilibre au sein du pouvoir exécutif.

DEUXIÈME PARTIE

LES LIMITATIONS A LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Dans les chapitres qui précèdent, nous avons signalé que la séparation des pouvoirs avait subi, de nos jours, deux sorte d'atteinte : les unes assez faibles, que nous avons appelées de simples limitations; les autres, plus graves, que nous avons nommées des exceptions à la séparation des pouvoirs. Cette deuxième partie aura pour objet une étude, très brève d'ailleurs, des principales limitations à la séparation des pouvoirs. Dans une première section, nous étudierons les limitations que le pouvoir exécutif apporte au pouvoir législatif. Dans une section deuxième, nous envisagerons les limitations apportées au pouvoir exécutif par le pouvoir législatif. Quant au pouvoir juridictionnel, n'ayant pas l'importance des deux autres, nous n'avons rien trouvé de particulièrement digne d'être mentionné dans cette deuxième partie.

SECTION I

Limitations apportées par l'exécutif au législatif.

- A) *Initiative des lois.*
 - B) *Veto suspensif.*
 - C) *Droit de message.*
 - D) *Droit de dissolution.*
-

Cette section va nous permettre de constater que dans un certain nombre de cas le pouvoir législatif va voir ses prérogatives partagées ou atteintes par le pouvoir exécutif. Une simple remarque nous permet de constater que toutes ces limitations sont d'ordre constitutionnel. Il semble que les constituants de 1875, se rendant compte de l'importance que ne tarderait pas à prendre le pouvoir législatif, aient voulu donner à ces limitations la garantie constitutionnelle.

A) Initiative des lois.

Article 3 de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875 :
« Le Président de la République a l'initiative des lois concurremment avec les membres des deux Chambres. » Le Président de la République, c'est-à-dire l'exécutif, partage donc l'initiative des lois avec les Chambres. Le Gouvernement présente des projets de lois, les membres du législatif des propositions; il n'y a ici qu'une simple différence de mots. Les projets sont établis sous forme de décrets

signés par le Président de la République et contresignés par un ministre; on peut les présenter indifféremment au Sénat ou à la Chambre. Ils sont élaborés par le Gouvernement dans les ministères, quelquefois par le Conseil d'Etat ou bien par des Commissions extra-parlementaires; mais ces dernières sont composées de trop nombreux membres et ne font pas toujours du bon travail.

Ceci existe dans presque tous les pays. On ne peut réserver l'attribution de l'initiative des lois exclusivement aux Chambres. Ici nous allons reprendre l'exemple des U. S. A. qui ont, nous le savons, admis une séparation absolue. D'après la Constitution de 1787, l'initiative des lois est exclusivement réservée au législatif, mais ce principe n'a pu se maintenir dans toute sa rigueur. Le Président a fait usage de son droit de message pour s'attribuer une sorte de droit d'initiative. Les messages qu'il envoie au Congrès sont préparés soigneusement à l'avance, en collaboration avec certains membres du Parlement de ses amis; ceux-ci les transforment aussitôt en projets de loi. Le Président n'envoie ces messages que quand il est sûr du succès, et depuis déjà quelque temps, aux U. S. A., un certain nombre de lois ont ainsi été votées.

En France, ceci joue aussi très bien, car il y a avantage : le pouvoir exécutif, par ses Préfets, qui sont, avant tout, des agents d'information du pouvoir central, connaît bien tous les besoins du pays. Le législatif, au contraire, est souvent très mal renseigné et ses propositions de loi risquent d'être motivées par les intérêts purement politiques ou électoraux.

B) *Veto suspensif.*

A vrai dire, nulle part dans la Constitution, il n'est fait allusion à ce droit, et nos Constituants n'ont certes pas voulu rétablir cette prérogative de l'ancien régime. Cependant,

L'article 7 de la Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, nous dit : « Dans le délai fixé pour la promulgation, le Président de la République peut, par un message motivé, demander aux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refusée. » Donc, si le Président trouve que le texte voté par les Chambres est fâcheux, il le renvoie aux Assemblées pour qu'elles délibèrent et votent à nouveau. Pendant ce temps, bien qu'il n'y ait pas de veto en Droit, en fait, l'entrée en vigueur de la loi est retardée. Aux U. S. A., ceci est aussi organisé par la Constitution : le Président renvoie le Bill, accompagné de ses observations, devant le Sénat et la Chambre des Représentants, qui doivent le voter à nouveau à une majorité spéciale, celle des deux tiers; en France une majorité ordinaire suffit. Depuis 1875, aucun Président de la République n'a usé, chez nous, de ce droit, car il est facile de se rendre compte que le Gouvernement en sortirait amoindri. En effet, en n'exigeant qu'une majorité simple, c'est-à-dire la même que celle qui a déjà permis le vote de la loi, il est à craindre que les parlementaires, froissés par la démarche du Président, ne revotent la loi avec entêtement.

Le Président pourrait aussi user d'un autre moyen pour suspendre l'exécution de la loi, moyen non prévu par la Constitution et qui consisterait à laisser courir le délai de promulgation (un mois, ou trois jours s'il y a urgence) sans agir; s'il ne promulguait pas, la loi, qui a en quelque sorte besoin de cette investiture spéciale, ne pourrait entrer en vigueur. Les Chambres auraient cependant un moyen efficace pour l'obliger à se soumettre : elles renverseraient successivement tous les ministères que lui présenterait le Président.

Les deux systèmes que nous venons de voir ne présentent aucun intérêt pratique puisqu'ils n'ont jamais été appliqués et qu'en fait ils ne peuvent guère l'être avec espoir de succès.

C) *Droit de message.*

Article 6 de la Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 :
« Le Président de la République communique avec les Chambres par des messages qui sont lus à la tribune par un Ministre. » Nous savons que le Président de la République ne peut pénétrer lui-même dans les Chambres, mais nous voyons que la Constitution lui permet de s'y faire entendre au moyen du droit de message. Le Président rédige un message et le Ministre qui le contresigne le lit à la tribune. Ceci ne présente pas un grand intérêt, aussi les Présidents n'en usent en général pas. Poincaré a cependant adressé un tel message au commencement de la guerre.

D) *Droit de dissolution.*

Article 5 de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875 :
« Le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des Députés avant l'expiration légale de son mandat. » Ce droit, de nos jours, est tombé en désuétude. Elle n'a été réalisée qu'une fois, très maladroitement d'ailleurs, en 1877, par le Maréchal de Mac-Mahon. Le procédé était tout à fait légal, mais son application fut déplorable, et fit montre de mauvaise volonté évidente de la part du Maréchal, car la Chambre dissoute avait la confiance du pays. Ce droit de dissolution jouit aussi, en France, d'une très fâcheuse réputation; on dit trop souvent que c'est le recours au coup d'Etat, un attentat contre le suffrage universel, ce qui est totalement faux. La dissolution est au contraire un appel au corps électoral qui tranche le conflit et affirme ainsi sa souveraineté.

Mais il faut aussi le dire, si ce droit n'a plus été utilisé depuis 1877, c'est en raison d'une petite formalité : l'avis conforme du Sénat. Le Sénat, en somme, est maître de la situation; il est obligé de prendre position puisque le Président doit demander son avis et que c'est sur cet avis conforme que la dissolution devient possible. Le plus souvent aussi le Sénat sera opposé à cette opération, car il va craindre que l'expérience ne se retourne contre l'exécutif, par une réélection de la même Chambre et ne rejaillisse finalement sur lui. Nous avons vu qu'une modification de cet article était nécessaire pour le rendre d'un emploi facile et qui serait souvent très utile.

La Constitution prévoit aussi l'ajournement. Article 2, Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 : « Le Président de la République peut ajourner les Chambres. Toutefois, l'ajournement ne peut excéder le terme d'un mois, ni avoir lieu plus de deux fois dans la même session. » Par cet article, le Président a donc le droit de mettre les Chambres en vacances pendant un certain temps, mais ce n'est qu'une mesure provisoire sans grand intérêt.

SECTION II

Limitations apportées par le législatif à l'exécutif.

- A) *L'Interpellation.*
 - B) *Vote du budget.*
 - C) *Loi des comptes.*
-

Les exceptions que nous allons envisager maintenant ne sont pas prévues par la Constitution, mais bien par la coutume constitutionnelle qui, dans bien des cas, est obligée de combler les lacunes de nos lois fondamentales. Elles sont tout de même plus importantes que les précédentes, car c'est par elles que le Parlement exerce son contrôle sur les actions de l'exécutif, or le Parlement est l'émanation du suffrage universel qui doit toujours avoir le dernier mot.

A) L'Interpellation.

Une des bases essentielles du régime parlementaire consiste dans le droit qu'ont tous les membres du Parlement d'interpeller un membre du Gouvernement sur un point précis de sa gestion. Ce droit remonte à la Révolution : De 1789 à 1792, les ministres n'étaient, sans doute, pas responsables, mais il y avait déjà discussion. Fonctionne sous la Monarchie de Juillet et sous la deuxième République.

L'interpellation est une sommation adressée à un Ministre de donner toutes les explications sur un certain fait. Le dialogue originaire se transforme en discussion générale et quand le ministre s'est expliqué, on vote un ordre du jour. Depuis quelques années, il faut que le parlementaire qui interpelle soit mandaté par son groupe. On a fait ceci pour éviter les interpellations concertées, c'est-à-dire celles que les membres du Gouvernement demandaient à leurs amis du Parlement de déposer. Les Chambres ont d'ailleurs le droit d'ajourner les demandes d'interpellation.

Nous avons dit que toute interpellation se termine par le vote d'un ordre du jour. Si le ministre a posé la question de confiance, et on l'y a obligé quelquefois, et si la Chambre, au contraire, par son vote marque sa défiance, il est obligé de se retirer, seul ou avec tout le ministère. Nous n'avons qu'un seul exemple de ministère ayant voulu rester quand même, c'est celui du ministère Bourgeois en 1896, mais il fut bientôt obligé de s'en aller, le Parlement, ou plus exactement le Sénat qui l'avait mis en minorité refusant de voter les crédits qu'il lui demandait pour les troupes de Madagascar.

A côté de l'interpellation, nous avons les questions qui sont un mode de contrôle bien moins efficace : un membre du Parlement s'adresse à un ministre pour lui demander des éclaircissements sur un point très précis de sa gestion. Ceci fonctionne très bien en Angleterre. Très peu utilisé en France, car dépourvu de sanctions ; en effet, la question ne se clôture pas par un vote comme l'interpellation. Le Ministre répond d'une manière évasive à la question orale. De nos jours, on pratique surtout la question écrite à laquelle le ministre répond dans les huit jours.

B) *Vote du budget.*

En 1789, on pose le principe que l'impôt ne peut plus être voté que par les représentants de la nation, et pour

un an seulement. En vertu de ce principe, le Parlement vote, chaque année, la grande loi budgétaire. Le Ministre des finances élabore, dans ses bureaux, le budget des recettes et il examine les budgets des dépenses présentés par les autres ministres; il compare le chiffre des recettes et celui des dépenses; quand il y a équilibre il le soumet au Parlement et tout d'abord à la Chambre. Sur ce chapitre, l'exécutif est étroitement surveillé par le Parlement et devrait se retirer si les Chambres refusaient de voter la loi du budget.

Quand le budget n'est pas voté à temps, c'est encore le Parlement qui vote les douzièmes provisoires. Le Parlement vote aussi les crédits additionnels, tous les emprunts et toutes les lois financières. Moyen d'action très efficace sur le Gouvernement. Un Parlement peut tout faire d'un gouvernement en touchant la corde financière. Dans ce domaine, d'ailleurs, la Chambre a une situation privilégiée, car c'est autre chose qu'un simple droit de priorité que lui confère l'article 8 de la Loi constitutionnelle du 24 février 1875. Cet article prescrit que tout projet financier, et en particulier le budget, soit tout d'abord soumis à la Chambre. Ceci a son importance : En effet, la Chambre prend tout son temps pour discuter le projet, et le Sénat n'a plus que quelques jours pour le voter, et en cas de retard on le rendra responsable du vote des douzièmes provisoires qui font, en général, mauvais effet dans le pays.

C) *La Loi des comptes.*

Le Parlement peut, en principe, vérifier l'usage des crédits qu'il a accordés et il le fait au moyen de la loi des comptes. La Cour des Comptes doit, chaque année, avant le 1^{er} mai, remettre au Ministre des Finances la déclaration générale de conformité que l'on distribue à tous les membres du Parlement. La Commission des comptes vérifie

théoriquement et dresse un procès-verbal, puis la Chambre est saisie et vote. Le principe est bon, mais en fait c'est une simple formalité; il est impossible d'être prêt à temps, et il y a des retards qui font que ce contrôle est illusoire. De nos jours, on vote la loi des comptes sans examen.

Les limitations que les deux pouvoirs fondamentaux de l'Etat exercent l'un sur l'autre ne peuvent être considérés comme de véritables exceptions à la séparation des pouvoirs, que si on admet une séparation absolue. Nous avons été obligés de repousser cette séparation absolue, et nous avons admis, à la place, une séparation avec une certaine collaboration entre les premiers.

Les cas que nous venons d'étudier sont justement des preuves de cette collaboration intime qui existe entre les pouvoirs, ces limitations tendent aussi à établir un certain équilibre entre eux, une balance dirait Montesquieu. Isoler les pouvoirs, c'est fatalement amener le plus fort à dominer les autres; ici, par ces moyens de contrôle réciproque et ces points de contact, on espère que les deux pouvoirs pourront également défendre leur existence.

Nous constatons, pour terminer, que les limitations que l'exécutif peut apporter au législatif ne sont guère utilisées; en revanche le législatif ne se fait pas faute d'user de ses prérogatives pour contrôler et limiter le pouvoir exécutif.

TROISIÈME PARTIE

LES EXCEPTIONS A LA SÉPARATION DES POUVOIRS

GÉNÉRALITÉS

Introduction.

Après avoir constaté que la Constitution de 1875 repoussait toute idée de séparation absolue des pouvoirs, nous avons admis que, si l'on peut distinguer dans l'Etat divers pouvoirs, entre eux doit exister une certaine collaboration. Cette collaboration est le propre du régime parlementaire sous lequel nous vivons; elle se trouve réalisée au moyen de ce que nous avons étudié sous le nom de la limitation à la séparation des pouvoirs. A côté de cela, et, dans certains cas même, en dehors de toute idée de collaboration, nous voyons un pouvoir s'appropriier et exercer une fonction qui normalement est propre à un autre, et ce sont là, à proprement parler, les exceptions à la séparation des pouvoirs. Ici les atteintes sont beaucoup plus graves que celles que nous avons déjà signalées précédemment, puisque nous voyons, dans certains cas, le législateur devenir juge, et l'exécutif devenir législatif.

Ici, comme pour les limitations à la séparation des pouvoirs, ce sont surtout les deux grands pouvoirs de l'Etat, l'exécutif et le législatif qui vont sortir de leur domaine respectif, et pour un temps plus ou moins long, exercer une fonction qui ne leur est point propre. Quant au juridictionnel, sans doute fait-il quelque fois des actes purement administratifs qui sont normalement de la compétence de l'exécutif, mais, à vrai dire, ces atteintes ne sont pas très graves et ne soulèvent pas de graves discussions.

En guise d'introduction, nous examinerons, tout d'abord, une loi très curieuse, dite loi Treveneuc, du nom de son auteur, qui n'a jamais été appliquée mais qui, quoi qu'en pensent certains auteurs, a gardé toute sa valeur.

Un titre premier sera consacré à l'étude des exceptions résultant d'atteintes faites au pouvoir juridictionnel par le pouvoir législatif et qui sont : le Sénat transformé en Haute Cour de Justice, les Chambres vérifiant les pouvoirs de leurs membres et enfin les commissions d'enquête. A côté de celà, nous pouvons signaler ici, pour ne pas y revenir, que les Chambres accomplissent aussi, parfois, des actes de pure administration.

Le deuxième titre de cette troisième partie étudiera les infractions faites à la séparation des pouvoirs par l'exécutif. Ells sont de deux ordres : Tout d'abord, nous envisagerons les atteintes faites au pouvoir juridictionnel avec l'élévation du conflit et l'article 10 du Code d'instruction criminelle; ensuite, et ce sont de beaucoup les plus importantes, les intrusions du pouvoir exécutif dans le domaine du législatif, habituellement réservé au Parlement : extension du pouvoir réglementaire, le régime douanier, le régime colonial, les pleins pouvoirs en temps de guerre et les décrets-lois.

LOI TRÉVENEUC

Nous avons voulu étudier cette loi à part, car elle présente des caractères particuliers qui font d'elle autre chose qu'une simple exception à la séparation des pouvoirs. Au lieu de limiter ou de faire exception à ce principe, nous verrons, par la suite, qu'elle en est la négation; elle organise, en effet, temporairement, c'est entendu, mais effectivement tout de même, la confusion des pouvoirs entre les mains d'une Assemblée.

Voyons brièvement quelle est l'origine de cette loi, et quel en est le but. Les membres de l'Assemblée Nationale de 1871, qui avaient été profondément impressionnés par le coup d'Etat du 2 décembre, et qui voulaient, avant tout, éviter le retour d'un pareil événement, trouvèrent cette garantie dans la loi du 15 février 1872.

Pour mieux juger la portée de cette loi, nous allons en rappeler la teneur : Article premier : « Si l'Assemblée nationale ou celles qui lui succéderont viennent à être illégalement dissoutes ou empêchées de se réunir, les Conseils généraux se réunissent immédiatement de plein droit, et sans qu'il soit besoin de convocation spéciale, au chef-lieu de chaque département. Ils peuvent s'assembler partout ailleurs, dans le Département, si le lieu habituel de leurs séances ne leur paraît pas offrir de garanties suffisantes pour la liberté de leurs délibérations. Les Conseils ne sont valablement constitués que par la présence de la majorité de leurs membres. » Cet article premier prévoit,

sans aucun doute, que cette loi jouera pour les Assemblées futures ce qui, comme nous le verrons plus loin, a été très discuté par certains auteurs.

Article 2 : « Dès leur réunion, les Conseils généraux doivent pourvoir d'urgence au maintien de la tranquillité publique et de l'ordre légal jusqu'au jour où l'Assemblée provisoire est régulièrement constituée. » Cet article donne donc à chaque Conseil général, dans l'étendue de son département, pleins pouvoirs pour faire régner l'ordre et la tranquillité.

Article 3 : « Cette Assemblée, composée de deux délégués élus par chaque Conseil général en Comité secret, se réunira dans le lieu où se sont rendus les membres du Gouvernement légal et les députés qui auront pu se soustraire à la violence. L'Assemblée des délégués n'est valablement constituée qu'autant que la moitié des départements, au moins, s'y trouve représentée. » Primitivement, on avait voulu indiquer le lieu où devait se réunir cette Assemblée; on avait parlé de Bourges, Poitiers ou Tours, comme villes susceptibles de recevoir les délégués; par la suite on se rendit compte que, en fixant ainsi, par avance, le lieu de la réunion, c'était permettre à l'auteur du coup d'Etat de tout mettre en œuvre pour empêcher toute réunion de l'Assemblée.

Article 5 : « L'Assemblée a pour mission de prendre, pour toute la France, les mesures urgentes que nécessite le maintien de l'ordre et spécialement celles qui ont pour objet de rendre à l'Assemblée nationale la plénitude de son indépendance et l'exercice de ses droits. Si l'Assemblée nationale régulière peut se constituer, les pouvoirs de l'Assemblée provisoire cessent aussitôt, et elle doit se dissoudre, sinon elle doit faire procéder à des élections générales. » Ici nous voyons le but de la loi : Faire renaître le Parlement légal par tous les moyens.

Article 6 : « Les décisions de l'Assemblée provisoire ont force de loi et sont revêtues des sanctions édictées par l'article 6 : Elle doivent être exécutées, à peine de forfaiture, par tous les fonctionnaires, agents de l'autorité et commandants de la force armée. » Cet article donne un pouvoir immense à l'Assemblée provisoire, et qui aboutit, pendant un certain temps, à un gouvernement conventionnel très strict, du fait de la confusion de tous les pouvoirs entre les mains de cette Assemblée.

Et maintenant que devons-nous penser de cette loi ? Donnons tout d'abord une définition du Conseil général : « C'est une Assemblée élue, délibérante, départementale, destinée à représenter les intérêts particuliers auprès du Préfet » et constatons que ses attributions normales sont avant tout d'ordre administratif et financier : La Loi de 1872 en fait un gardien de la Constitution en cas de coup d'Etat et lui donne le pouvoir législatif. Par cette loi, une Assemblée composée de membres des divers Conseils généraux de France, va être appelée à gouverner le pays. On lui laisse la liberté des moyens pourvu qu'elle assure l'ordre, la tranquillité et la restauration de l'ancien Gouvernement. Cette loi réalise la plus belle confusion des pouvoirs qu'il soit : L'Assemblée peut prendre des décisions qui ont force de loi et qu'elle fait exécuter elle-même. Pour éviter la dictature de l'exécutif, on s'expose au danger d'une dictature collective de la part d'une Assemblée. L'Assemblée, tout comme pendant la Révolution, ferait les lois et gouvernerait au moyen d'un exécutif, à forme collégiale, composée de membres pris en son sein. Les pouvoirs de cette Assemblée sont, sans doute, temporaires, aux termes de la loi de 1872, mais qui l'empêchera, une fois à la tête des affaires du pays de continuer à les diriger elle-même, sans rien tenter pour rétablir les choses dans leur état primitif.

Cette loi a été vivement critiquée par un grand nombre d'auteurs; nous allons donc examiner maintenant les arguments qui ont été présentés pour ou contre un tel système. Voyons tout d'abord ce qu'en pensaient les auteurs de la loi ? Le rapporteur de la Commission, Henri Fournier, défendit la proposition Tréveneuc dans les termes suivants (séance du 14 septembre 1871, *J. O.*, 15 septembre 1871) : « Si la représentation nationale n'existe plus, au-dessus d'elle pourtant et comme deuxième ligne de défense en quelque sorte, une autre Assemblée recrutée dans les Conseils placés hiérarchiquement après le corps législatif, qui sont, comme lui, le produit du suffrage universel, pourrait se constituer. » On reproche à M. Fournier de transformer les Conseils généraux, qui sont des organes administratifs, en Assemblées politiques. « Ce qui, suivant M. Le Roger, est la négation de ce que s'est proposé l'Assemblée en constituant la décentralisation administrative. » Fournier répond que les pouvoirs conférés aux Conseils généraux ne changeraient pas leur caractère purement administratif, car les constitutions de la France sont sous la sauvegarde de tous les français; la loi, disait-il, ne réclame des Conseils généraux que d'accomplir le devoir de tout bon citoyen, c'est-à-dire, quand les Assemblées parlementaires sont illégalement dissoutes, la Constitution violée, de défendre la loi, de veiller au maintien de la tranquillité. En agissant ainsi, ils n'exercent d'autre mandat que celui qu'ils tirent de leur droit de citoyen. On a répondu à cela que si, pris individuellement, les membres du Conseil général ont bien ces droits, considérés en tant qu'Assemblée, en tant que corps délibérant ils ont une mission spéciale, et c'est à l'Assemblée, et non aux individus la composant que la loi a confié la mission de veiller à la Sûreté nationale. Albert Desjardins, à la séance du 6 février 1872 défendit le projet en ces termes : « Quand l'Assemblée nous manque nous prenons les Conseils généraux, là est

la vitalité, la vie politique, le point de résistance. Voilà les deux idées auxquelles nous nous sommes arrêtés : Représentation nationale : Résistance locale appuyée par les sympathies des populations pour les conseillers généraux qu'elles ont nommés, qu'elles voient lever la tête contre l'insurrection, contre les coups d'Etat triomphants. »

Un certain nombre d'auteurs, dont Esmein (7^e édition, t. II, p. 379) estiment que cette Loi n'était qu'une loi provisoire et de circonstance inspirée par l'exemple du coup d'Etat du 2 décembre et qu'elle n'est plus en harmonie avec les textes constitutionnels de 1875. Ceux-ci ne l'ayant pas confirmé, d'après eux, elle se trouve abrogée par prétérition. Mais nous répondrons à ceci que l'abrogation par prétérition pourrait être invoquée si les lois de 1875 contenaient des dispositions contraires à celles qu'édicte la loi de 1872; mais du moment que la Constitution ne modifie en rien les attributions des Conseils généraux et qu'elle ne prend aucune mesure pour protéger le corps législatif, il n'est pas douteux qu'elle ait entendu se référer simplement à la législation antérieure. D'ailleurs, ce sont les mêmes hommes qui votèrent la loi du 15 février 1872 et les lois constitutionnelles de 1875; on peut donc penser qu'ils n'avaient pas oublié la première quand ils ont voté ces dernières.

On ne peut tirer argument du fait que l'article premier suppose une Assemblée unique; par expression Assemblée nationale on peut entendre le corps législatif, le Parlement, qu'il soit composé d'une seule Chambre, comme il l'était en 1872, ou de deux comme il l'est depuis 1875. L'article premier spécifie bien, d'ailleurs, que cela jouera aussi pour les Assemblées qui lui succéderont (à l'Assemblée nationale).

Il semble donc que, de nos jours, la grande majorité des auteurs, parmi lesquels nous pouvons compter Duguit et Hauriou, admettent la validité de la loi Tréveneuc. Mais le

tout n'est pas d'admettre la validité d'une loi; faut-il croire à son efficacité ? Peut-on dire qu'une telle loi aurait pu empêcher les événements de Brumaire an VIII, de Juillet 1803 et du 2 décembre; nous ne le pensons pas. L'auteur de la loi nous dit lui-même (séance du 15 février 1872, *J. O.* du 18 février 1872) : « Je vous offre un moyen de salut; je n'affirme pas qu'il soit infaillible, mais j'affirme qu'en aucun cas il ne peut avoir rien de nuisible. »

Voyons maintenant comment, dans l'état actuel de notre Constitution, la loi Tréveneuc peut jouer. Nous savons que conformément aux textes de 1875, le Président de la République peut dissoudre la Chambre des députés, et la Chambre seulement; encore pour la dissoudre faut-il observer une formalité, l'avis conforme du Sénat. Il est peu probable que le Président de la République use du droit de dissolution pour usurper le pouvoir; mais supposons, tout de même, que cela se soit produit : Le Président de la République a dissout la Chambre des députés sans l'avis conforme du Sénat, ou bien même il a dissout les deux Assemblées. A ce moment donc la loi Tréveneuc, intitulée : Loi relative au rôle éventuel des Conseils généraux dans des circonstances exceptionnelles, va jouer; mais est-ce le seul remède ?

La décision du Président de la République peut, évidemment, être considérée comme non avenue et de nul effet puisque inconstitutionnelle; les membres des deux Chambres peuvent donc ne pas en tenir compte et continuer à siéger; mais le Gouvernement qui a pris une telle décision ne se fera pas faute d'user de la force pour empêcher le Parlement de se réunir, pour expulser les membres des Assemblées et les emprisonner s'il le faut. Ce coup de main est prévu et puni par l'article 87 du Code pénal : « L'attentat, dont le but essentiel est de détruire ou de changer la forme du Gouvernement est puni de la peine de la déportation dans une enceinte fortifiée. » Mais ce n'est point

tant de prévoir une peine, il faut trouver des juges et pouvoir ensuite la faire exécuter et nous ne pensons pas que ceci soit très facile dans ce cas. Nous savons, d'autre part, que le Président de la République ne peut être poursuivi qu'en cas de haute trahison; dans ce cas, donc, on ne pourrait le poursuivre, on pourrait du moins atteindre les ministres capables d'une telle tentative illégale contre le Parlement; dans ce cas, le jugement doit être rendu par le Sénat érigé en Haute-Cour. Mais, même si le Sénat n'est pas déjà dissout, on peut penser que le Gouvernement mettrait les membres de la Haute Assemblée dans l'impossibilité d'exercer leurs attributions judiciaires, ferait pression sur leur volonté ou bien ayant déjà dissout de force la Chambre des députés, il ne manquerait pas de faire de même pour le Sénat. Les membres du Parlement pourraient encore saisir le Conseil d'Etat, mais celui-ci ne jouirait peut-être pas de toute la liberté souhaitable pour examiner le problème. Il fallait donc trouver autre chose, une force capable de faire échec aux entreprises d'un dictateur. Cette force, on a cru la trouver dans la Loi du 15 février 1872.

Faut-il penser que cette loi qui, nous l'avons admis, a gardé toute sa valeur de nos jours, soit d'un emploi facile ? Le Gouvernement qui serait assez fort pour empêcher la représentation nationale de s'exercer, aurait tôt fait d'enlever aux délégués de l'Assemblée tous moyens d'action et de les emprisonner en cas de résistance, car vraisemblablement il disposerait de la force armée; un coup d'Etat ne pouvant se réaliser que dans ces conditions. Et même si ces délégués avaient la faculté d'agir, sauraient-ils, en quelques heures, se concerter et comprendre les besoins de la nation et en quelques heures oublier leur politique de clocher pour faire prévaloir une politique d'intérêt national. Evidemment, nous répondra-t-on ici, un certain nombre de Conseillers généraux sont déjà députés ou sénateurs et

il y a de fortes chances que ce soient ceux-ci qui soient désignées pour siéger à l'Assemblée provisoire; mais encore faut-il qu'ils soient en liberté. Quant aux autres Conseillers généraux sauront-ils s'adapter rapidement? Pour les députés et sénateurs nouveaux élus, la chose est de moindre importance; ils ont tout le temps pour s'adapter et ils le font progressivement. Ici, il est nécessaire, avant tout, d'aller vite et de s'occuper à la fois de toutes les affaires du pays; il est à craindre que cela soit au-dessus des forces de la majorité des Conseillers généraux. Un autre empêchement réside dans le fait que peut-être la majorité des conseillers généraux sont déjà convertis au nouveau régime et s'abstiendront donc de venir siéger faisant, au contraire, dans toute la mesure du possible, opposition à la réunion de leurs collègues. Peut-être, aussi, les conseillers généraux délégués, ayant peur d'une répression sans pitié, perdront tout espoir et les meilleures volontés seront arrêtées parce que le triomphe de la force est inévitable. Admettons que l'assemblée ait pu se réunir : Pourra-t-elle faire exécuter ses décisions? Gros problème car, comme nous l'avons déjà dit, le Gouvernement qui a fait le coup d'Etat s'est assuré le concours de la force armée; son appui manquera donc aux décisions prises par l'Assemblée provisoire, qui se trouveront sans sanctions.

Nous pouvons donc remarquer maintenant que le principe de cette loi est bon, mais qu'elle est d'une application quasi impossible car elle se heurte à de trop nombreuses objections. Nous ne pensons pas qu'elle ait la possibilité d'empêcher un coup d'Etat de se réaliser et, une fois réalisé, qu'elle puisse lui tenir tête victorieusement.

Elle présente encore un grave danger, que nous avons déjà mentionné plus haut et que nous rappelons ici : Imaginons que l'Assemblée provisoire ait réussi à se réunir, à s'organiser, à fonctionner et qu'elle ait rallié à elle une

partie du pays; à ce moment, le pays étant partagé en deux la guerre civile est à redouter; mais en mettant les choses au mieux, supposons qu'elle réussisse à intimider l'auteur du coup d'Etat. A ce moment, la situation redevenant normale, son devoir sera de rétablir le Gouvernement dans sa forme primitive; mais qui nous prouve qu'il en sera ainsi? L'Assemblée qui, au moyen des pleins pouvoirs, a réussi à triompher du coup d'Etat, va, peut-être, s'installer à la place du Gouvernement et nous assisterons alors au développement d'un Gouvernement purement conventionnel; l'Assemblée prendra dans son sein un certain nombre de membres qui composeront un exécutif de forme collégiale. Cette même Assemblée ayant en mains tous les pouvoirs sera portée à en abuser. Il n'est pas de doute que ce procédé soulèverait une vive opposition dans le pays, et la réaction ne se ferait vraisemblablement pas attendre; mais aucune loi ne permettant sa dissolution, on aurait recours à la force et ce serait une révolution.

D'autres hypothèses pourraient encore se présenter; nous ne les mentionnerons pas, car nous espérons avoir suffisamment montré l'impossibilité dans laquelle on se trouverait pour l'appliquer, ou tout au moins l'inefficacité de cette loi. Il n'est point de doute que le système serait faussé à sa première expérience. Son auteur avait bien raison d'affirmer qu'il ne la croyait pas infaillible.

TITRE PREMIER

EXCEPTIONS

PROVENANT DU POUVOIR LÉGISLATIF

Section I. — *Le Sénat Haute Cour de Justice.*

Section II. — *La vérification des pouvoirs.*

Section III. — *Les Commissions d'enquête.*

SECTION I

LE SÉNAT, HAUTE COUR DE JUSTICE

L'article 1^{er}, § 1^{er}, de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875, fait du Sénat, avant tout, une Assemblée exerçant une fonction législative en collaboration avec la Chambre. D'autres textes constitutionnels vont donner au Sénat des pouvoirs judiciaires et vont en faire, dans certains cas, un tribunal d'exception. En agissant ainsi, la Constitution porte très nettement atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, car elle va faire du législateur un juge, contrairement au principe posé par Montesquieu : « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est plus séparée de la puissance législative... Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur. »

Nous verrons cependant que certains crimes, vu leur nature ou leurs auteurs, peuvent difficilement être confiés à des juges ordinaires. Au cours de notre histoire, ces crimes ont toujours été jugés par des tribunaux spéciaux.

Nous étudierons successivement :

CHAPITRE I. — Historique.

CHAPITRE II. — Procédure et pouvoirs.

CHAPITRE III. — Avantages et inconvénients.

CHAPITRE IV. — Tentative de réforme.

CHAPITRE PREMIER

Historique.

Sous l'ancien régime nous trouvons déjà des tribunaux spéciaux pour certains crimes : ce sont les Commissions de justice, ancêtres de notre Haute Cour, juridictions éphémères créées et composées par la volonté royale pour juger tel ou tel accusé ; une fois leur mission remplie, elles prenaient fin et disparaissaient. Elles ont laissé un triste souvenir, servant d'organes exécuteurs à la volonté des princes, qu'elle fut légale ou arbitraire. A la Révolution, on réagit contre les Commissions de justice, comme contre la plupart des juridictions. Une loi des 10-15 mai 1791 organise notre première Haute Cour. Article 1^{er} : « La Haute Cour Nationale sera composée d'un Haut Jury et de quatre Grands Juges qui dirigeront l'instruction et appliqueront la loi après la décision du Jury sur le fait. » Article 4 : « La Haute Cour Nationale connaîtra de tous les crimes et délits

dont le corps législatif se portera accusateur. » Ici, le corps législatif a seulement le droit d'accuser; la Cour de jugement est assez semblable à une Cour d'assises et, dans un certain sens, le principe de la séparation des pouvoirs est respecté; nous sommes d'ailleurs à une époque où cette séparation est stricte. De même, dans la Constitution du 3 septembre 1791 (t. III, ch. V, art. 4), nous retrouvons le même principe dans la Constitution de l'an III. Haute Cour composée de cinq juges judiciaires, deux accusateurs nationaux et Hauts Jurés nommés par le Directoire. Le principe est encore conservé dans la Constitution de l'an VIII. Un Sénatus-consulte, du 28 Floréal an XII, apporte du changement : le jugement des crimes politiques n'est plus confié à la Nation, mais au Chef de l'Etat qui nomme les juges qui lui conviennent, se servant ainsi de personnages à sa dévotion et qui suivront dans toutes les phases de l'affaire l'impulsion politique du Maître.

Avec la Charte de 1814, nous nous trouvons en présence d'un système nettement inspiré de l'Impeachment anglais : La Chambre des députés joue le rôle d'accusateur et la Chambre des pairs juge. Ce système est conservé dans l'Acte additionnel de 1815 et dans la Charte de 1830.

En 1848, retour aux principes de 1791 (art. 91 et s.) : Haute Cour composée de cinq Juges judiciaires et de trente jurés tirés au sort parmi les Conseillers généraux des départements; ce système se continua en 1852 et jusqu'en 1870.

Dans la période qui précède la rédaction de notre Constitution, nous avons un retour très net aux idées de 1814. Tous les projets qui furent présentés, touchant l'organisation d'une Chambre Haute, s'accordent à reconnaître à cette Chambre une juridiction politique, exemple : les projets présentés par Thiers et Déroulède (19 mai 1873); propositions de Pradier (4 avril et 15 novembre 1873); projets du

Maréchal de Mac-Mahon et du Duc de Broglie. Après maintes discussions, M. Lefèvre-Portalès, dans son rapport sur les lois constitutionnelles la justifiait ainsi : « La Commission a cru devoir réserver au Sénat certains attributs judiciaires. Il lui a semblé qu'aucune juridiction ne pouvait donner plus de garanties, soit d'impartialité, soit de fermeté pour juger constitutionnellement ou pénalement, le Président de la République et les Ministres vis-à-vis desquels un jury ou un tribunal pourraient paraître suspects, soit de parti-pris, soit de complaisance... »

Notre Constitution donne donc au Parlement le droit de juger les crimes politiques : à la Chambre des députés appartient l'accusation, au Sénat le jugement. Avant d'entreprendre l'étude des pouvoirs du Sénat, Haute Cour, voyons tout d'abord quels sont les textes constitutionnels qui concernent la question. Article 9, L. C. du 24 février 1875, relative à l'organisation du Sénat, nous dit : « Le Sénat peut être constitué en Cour de Justice pour juger soit le Président de la République, soit les Ministres et pour connaître des attentats contre la sûreté de l'Etat. » L'article 6 § 2, L. C. du 25 février 1875 : « Le Président de la République n'est responsable qu'en cas de haute trahison. » L'article 12, L. C. du 16 juillet 1875, § 1^{er} : « Le Président de la République ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés et ne peut être jugé que par le Sénat. » § 2 : « Les Ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat. » § 3 : « Le Sénat peut être constitué en Cour de Justice par un décret rendu en Conseil des ministres pour juger toute personne prévenue d'attentat commis contre la sûreté de l'Etat. » § 4 : « Si l'instruction est commencée par la justice ordinaire, le Décret de convocation du Sénat peut être rendu jusqu'à l'arrêt de renvoi. »

CHAPITRE II

Procédure et Pouvoirs du Sénat Haute Cour.

Les Lois constitutionnelles accordent au Sénat des pouvoirs judiciaires dans trois cas : Dans un cas, à raison des faits commis il y a compétence « *ratione materiæ* » et, dans les deux autres, à raison des personnes en cause, il y a compétence « *ratione personæ* ».

A) *Compétence Ratione Materiæ.*

Cette compétence est définie par l'article 9, L. C. du 24 février 1875 et par l'article 12, § 3, L. C. du 16 juillet 1875. Nous ne rencontrons rien de semblable dans les Constitutions de l'An III, de l'An VIII et dans l'Acte additionnel où ces crimes relèvent de la Justice ordinaire. En revanche, la Constitution de 1791, le Sénatus-consulte du 28 floréal an XII, les Chartes de 1814 et 1830, les Constitutions de 1848 et 1852 prévoient ce cas et le font relever de la Haute Cour. Ceci se justifie dans un certain sens car l'attentat émanant d'un simple particulier peut être un fait politique assez grave pour que l'on doive en ôter la connaissance aux tribunaux ordinaires. Il n'en est pas moins vrai que ceci constitue une exception grave à la séparation des pouvoirs en soustrayant un particulier à ses juges naturels pour le transférer à une juridiction spéciale. Aux dires de certains auteurs il y aurait ici un reste de justice retenue et du droit d'évocation. Et encore ici on ne s'est pas contenté d'interpréter de façon stricte la loi, comme le demande Duguit, et l'on a ajouté à la notion d'attentat, celle de

complot. Une grave discussion s'est élevée à ce propos en 1889. (Voir « Gazette des Tribunaux », 1^{er}, 2 et 10 avril 1889, note de M. Martini.) Le Code pénal nous dit très nettement ce qu'il entend par attentat (L. III, t. I, chap. I, articles 87 et 91); de ce côté il ne peut donc y avoir de confusion. Ceux qui sont partisans de l'interprétation extensive invoquent le précédent de 1820 qui se produit alors que la Charte de 1814 envisage la situation absolument comme celle de 1875, mais, peut-on répondre, à cette époque l'attentat et le complot étaient prévus par les mêmes articles 86 et 87 du Code pénal; ils ne furent distingués que par la Loi du 28 avril 1832; or, après cette date, la Cour des Pairs n'ayant pas eu à s'occuper d'une affaire semblable, on ne peut savoir comment aurait été résolu la question. Le Sénat lui, a admis que sa compétence devait s'étendre au complot (Affaire Boulanger, Dillon-Rochefort; arrêt du 14 août 1889; *J. O.*, du 15 août 1889; Sénat, Haute Cour, pp. 61 à 63). Donc, dans le cas d'attentat ou de complot contre la sûreté de l'Etat, le Sénat, saisi par le Président de la République est juge. Cette compétence est ici purement facultative et est liée à la décision du Président de la République, c'est-à-dire à celle de l'exécutif, qui peut seul la rendre obligatoire par un décret pris en Conseil des ministres. Ici, le Sénat n'est pas juge de l'opportunité; il peut simplement examiner la légalité de sa compétence comme tout Tribunal. Les pouvoirs qu'à le Gouvernement sont nettement trop grands et peuvent tourner à l'arbitraire.

B) *Compétence Ratione Personæ.*

La question va ici se diviser en deux, selon qu'il s'agit du Président de la République ou des Ministres.

1^o *Président de la République.* — Article 9, L. C. du 24 février 1875, prévoit que le Président de la République

peut être jugé par le Sénat. Pascal Duprat avait d'ailleurs dit : « En plaçant le Chef de l'Etat au-dessus des autres citoyens, la Constitution n'a pas voulu le mettre au-dessus des lois; elle n'en a fait ni un Roi, ni un Dictateur. Le Président de la République est donc responsable, en principe; c'est la tradition des régimes républicains. » Le Sénat est donc tribunal répressif à l'égard du Président de la République mais, et la L. C. du 16 juillet 1875, art. 12 § 1^{er}, le spécifie bien, c'est le seul Tribunal répressif devant lequel il puisse être traduit. Le Président de la République jouit donc, en France, d'un privilège de juridiction. On fait ici abstraction complète de la nature du délit pour ne tenir compte que de la personne; on ne veut à aucun prix que le Président soit traduit devant les tribunaux ordinaires; cela atteint non seulement le principe de la séparation des pouvoirs, mais encore le principe de l'égalité des citoyens. D'autre part, la Constitution, article 6 § 2, L. C. du 25 février 1875, nous dit que le Président n'est responsable qu'en cas de Haute Trahison. Or, le Code pénal ne définit pas la haute trahison, d'où nouvelle complexité : Le Sénat pourra-t-il suppléer au silence de la loi et définir, lui-même, ce crime comme le fit la Cour des Pairs en 1815, quand elle jugea le Maréchal Ney et en 1830 pour les ministres de Charles X ? Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de ceci. De même pour la détermination de la peine. De nos jours, aucun cas n'étant encore intervenu, nous pouvons penser que le Sénat pourrait seulement prononcer la déchéance du Président de la République.

Le Sénat Haute Cour peut aussi juger le Président pour les crimes et délits de droit commun; c'est-à-dire les crimes et les délits prévus par la loi ordinaire, sans distinguer s'ils se rattachent ou non à l'exercice des fonctions et ceci est ici beaucoup plus grave, car pour un fait qui ne relève pas de la politique, on soustrait le Président à ses juges naturels. La mise en accusation vient, ici, de la Chambre

des députés, qui n'agira que dans de graves circonstances. On a pensé que les tribunaux ordinaires ne seraient pas assez puissants, assez indépendants pour juger le Chef de l'Etat, même dans sa conduite privée.

2° *Les Ministres.* — L'article 9, L. C. du 24 février 1875, et l'article 12 § 2, L. C. du 16 juillet 1875, rendent les Ministres justiciables du Sénat. Le Sénatus-Consulte du 28 floréal an XII et le Sénatus-Consulte du 4 juin 1852 (article 1^{er}) avaient établi une compétence analogue à celle qui existe de nos jours pour le Président de la République. La Haute Cour connaissait des crimes et délits, même privés, commis par les ministres. En revanche, les Constitutions de 1791, An III, An VIII, les Chartes de 1814 (art. 55) de 1830 (art. 47), les Constitutions de 1848 et 1852 sont analogues à celle de 1875, et ne soumettent les ministres à la Haute Cour que pour les actes relatifs à l'exercice de leurs fonctions. Leurs délits privés sont de la compétence de la justice ordinaire. De nos jours, donc, les ministres et même anciens ministres peuvent être poursuivis pour tous délits se rattachant à l'exercice des fonctions ministérielles, c'est-à-dire tous les délits qu'ils ont pu commettre en tant que ministres, en usant ou en abusant de leurs pouvoirs. Ici aussi le Sénat a étendu sa compétence comme nous le verrons plus loin, quant à la détermination de l'infraction et de la peine à appliquer. Mais il n'est plus obligatoirement compétent comme dans le cas du Président de la République. Si la Chambre ne le met pas en accusation, et elle seule peut le faire devant le Sénat, le Ministre sera justiciable de la Justice de droit commun. La compétence est donc facultative et laissée à la discrétion de la Chambre.

C) *Procédure.*

Après avoir étudié l'étendue de la compétence de la Haute Cour, nous allons voir quelle est la procédure à

suivre devant elle, et par cela même nous pourrions constater qu'elle détient un véritable pouvoir judiciaire.

Les Lois constitutionnelles se bornent simplement à annoncer que des lois ordinaires fixeront cette procédure, art 12 §5, L. C. du 16 juillet 1875. Ces lois sont au nombre de deux. La première date du 10 avril 1889 et a été votée, en toute hâte, au moment de l'affaire Boulanger puis, pendant vingt ans, on ne se préoccupe plus de cela. Une seconde loi fut votée le 5 janvier 1918, lors du procès Malvy, qui complète et modifie la loi de 1889 sur certains points, depuis une loi de 1926 a encore apporté quelques changements. Ces deux lois concernent : la première le cas d'attentat contre la sûreté de l'Etat, la seconde le jugement d'un ministre. Comme aucun Président de la République n'a encore été traduit devant la Haute Cour, aucune loi ne règle la procédure à suivre dans ce cas, et nul doute qu'elle ne le sera qu'au cas d'impérieuse nécessité. Ces deux lois se ressentent d'ailleurs de la rapidité de leur rédaction et ne prévoient pas tout.

Nos Constituants de 1875 avaient voulu impérieusement, et très sagement, que cette procédure fut réglée par les juges eux-mêmes, non pour chaque affaire, mais d'une manière générale qui ne laisserait aucune place au pouvoir discrétionnaire du Sénat; mais comme on ne prévoyait pas de sanctions, il fallut attendre un procès pour que l'on vote une loi.

La procédure que contiennent ces lois est calquée, dans la mesure du possible, sur la procédure du Droit commun. On a voulu assurer aux accusés, devant la Haute Cour, les mêmes garanties que lui accorde le Code d'Instruction criminelle devant la Cour d'assises.

L'Instruction se fait au moyen d'une Commission de neuf membres qui sont des sénateurs élus par l'Assemblée, chaque année, au début de janvier. Ceci joue surtout dans

le cas d'attentat contre la Sûreté de l'Etat. Pour les ministres, l'instruction est considérée comme devant être faite par la Chambre des députés avant qu'elle ne prononce la mise en accusation; mais pour le cas où elle n'aurait pas été faite ou faite incomplètement, la loi de 1918 prévoit que le Sénat pourra faire procéder à un complément d'instruction, par sa Commissions. Le Président de cette Commission a, à peu de choses près, tous les pouvoirs d'un juge d'instruction.

Disons tout de suite ici que la Haute Cour ne peut poursuivre une personne à raison d'un fait pour lequel elle a déjà été acquittée (art. 360, C. I. C.) application du vieil adage : « Non bis in idem ». Ceci se présente en 1899 devant la Commission d'instruction de la Haute Cour. Dans un arrêt du 30 octobre 1899 cette Commission écarte par exception de chose jugée l'accusation (V. arrêt de la Commission d'instruction. *Pierre drt pol et Parlement*, p. 721, note 2).

La loi de 1889 prend le Ministère public parmi des magistrats judiciaires et désignés par le Décret de mise en accusation. Par la Loi de 1918, les membres du Ministère public sont choisis par la Cour de cassation parmi ses membres inamovibles; la délégation n'est faite tous les ans éventuellement au début de l'année.

Quant au jugement, la Haute Cour a tous les pouvoirs d'une Cour d'assises et le procès se déroule de la même façon, la seule différence est que la Haute Cour ne comporte pas la dualité du jury et de la Cour; le jugement est rendu au moyen de deux décisions successives, l'une sur la culpabilité, l'autre sur la peine; mais ces décisions quoique successives sont prises toutes deux par l'Assemblée. Dès qu'elle est constituée en Haute Cour, elle cesse d'être une Assemblée politique, en principe, et devient une juridiction; ceci est la conséquence naturelle et logique de

l'article 4 de la L. C. du 16 juillet 1875. « Toute Assemblée de l'une des deux Chambres qui serait tenue hors du temps de la session commune est illicite et nulle de plein droit, sauf le cas prévu par l'article précédent, et celui où le Sénat est réuni comme Cour de justice et, dans ce dernier cas, il ne peut exercer que des fonctions judiciaires. » A partir du moment de sa Constitution en Haute Cour, par décret ou par mise en accusation, venant de la Chambre, le Sénat a tous les pouvoirs d'un Tribunal judiciaire, l'Assemblée et son Président possèdent, respectivement, les prérogatives qui appartiennent, d'une part, aux juridictions ordinaires, de l'autre à leur Président. Les éléments de la Haute Cour, sauf le ministère public, sont exclusivement formés par les membres de l'Assemblée. La fonction judiciaire n'abolit pas la fonction législative et politique, mais elle ne se confond pas avec elle. Le règlement du Sénat, Assemblée politique, ne s'applique plus et la procédure de la Haute Cour est réglée par les lois spéciales.

Le Sénat agit comme les autres juridictions, et les grands principes des Tribunaux de droit commun lui sont applicables, sauf rares exceptions. Il peut faire citer des témoins, condamner ceux qui ne se présentent pas; ils doivent déposer sous la foi du serment et le refus de prestation de serment entraîne l'application des peines prévues par l'article 304 du C. I. C. (Loi du 10 août 1889, art. 32 et loi du 5 janvier 1918, art. 10 §, 2). La Haute Cour peut juger immédiatement toutes les infractions qui seraient commises à son audience, suivant le droit qui appartient à toute juridiction, conformément aux articles 88 et suivants du Code de procédure civile, et 281, C. I. C. En 1899, on fit usage de ce pouvoir (Arrêt du 18 novembre, condamne Déroulède pour outrage au Président de la République, et par arrêt du 29 novembre, M. Barillier pour injures aux membres de la Haute Cour). Le Sénat peut exercer le droit que l'article 10, de la loi du 9 septembre 1835 donne aux

Cours d'assises, et que l'article 12, de la même loi, déclare applicable aux jugements de tous crimes et délits devant toutes les juridictions. La Cour peut faire retirer de l'audience et reconduire en prison toute personne qui par des clameurs, ou par tout autre moyen propre à causer du tumulte met obstacle au libre cours de la justice. En 1889, la Cour a fait usage de ce droit, à plusieurs reprises. La Haute Cour a, aussi, à l'égard des avocats, le pouvoir de l'article 41 § 3, de la loi du 29 juillet 1881, qui édicte : « Les juges pourront faire des injonctions aux avocats et officiers ministériels, et même les suspendre de leurs fonctions... » Ceci a joué le 6 décembre 1889. La Haute Cour peut ordonner toutes les mesures qui lui paraîtront utiles pour la découverte de la vérité. Duguit applique même au Président de la Haute Cour les articles 268-270 du C. I. C. et cela comme conséquence de l'article 32 de la loi du 10 avril 1889 et de l'article 10 de la loi du 5 janvier 1918. Le Président de la Cour a donc un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut ordonner tout ce qui sera utile pour la découverte de la vérité.

Ceci nous a suffisamment montré que le Sénat, constitué en Haute Cour, cesse d'être une Assemblée politique, une branche du pouvoir législatif pour devenir un organe judiciaire et s'empare du pouvoir qui normalement ne lui appartient pas, et ceci est une grave exception à la séparation des pouvoirs.

Ce qui montre encore la différence qui existe entre le Sénat législateur et le Sénat juge; c'est que l'Assemblée législative a son siège fixé à Paris par la Constitution, alors que la Loi du 22 juillet 1879, dans son article 3, prévoit que le Sénat juge peut « désigner la ville et la localité où il entend tenir séance ». Il peut ainsi échapper à l'influence du peuple de Paris toujours prêt à se passionner pour une affaire politique.

L'Assemblée, par deux votes, statue sur la culpabilité et sur la peine. On ne peut pas prononcer des peines purement politiques pour le Président de la République et les ministres; il faut aussi appliquer des peines pénales pour les rendre plus efficaces, mais elle ne connaît que des affaires pénales; elle ne peut pas se prononcer sur des intérêts privés, ne peut statuer sur l'action civile, car il semble qu'une Assemblée politique, même constituée en juridiction, semble peu qualifiée pour se prononcer sur des intérêts privés.

La Cour rend des arrêts qui sont absolument définitifs en ce sens qu'il n'y a possibilité ni d'appel, ni de cassation, ni de révision. La Loi ne prévoit rien à ce sujet, et les règles qui organisent ces procédures pour les tribunaux ne sont pas applicables à la Haute Cour, article 25, chapitre IV, loi du 10 avril 1889. « Les décisions ou arrêts du Sénat ne sont susceptibles d'aucun recours. » L'amnistie seule reste possible après le jugement. Malvy et Caillaux en ont bénéficié.

Dans le cas de compétence « *ratione personæ* », la Chambre des députés joue aussi un rôle important. Ce rôle est défini par l'article 12, § 1^{er} et § 2, L. C. du 16 juillet 1875. Dans ces deux cas, la Chambre seule a le pouvoir de mettre, soit le Président de la République, soit les ministres en accusation devant le Sénat. Cette mise en accusation aurait dû être réglée par la Loi de 1918; or nous voyons qu'il n'en est rien; elle laisse la coutume constitutionnelle organiser cette procédure de façon arbitraire. Cette Chambre, qui est accusatrice, est dispensée de poursuivre son accusation devant le Sénat ! La loi, ne prévoyant pas l'instruction par la Chambre, oblige le Sénat à la faire et, de ce manque d'instruction, il en résulte que le Sénat en a profité pour statuer sur le délit; or, juridiquement, il semble que le Sénat ne devrait connaître que des faits définis par la Chambre.

Nous avons vu que le Sénat, Haute Cour, avait tous les pouvoirs d'une véritable Cour de justice, et que la procédure suit, en général, d'assez près celle du Droit commun. Nous allons maintenant constater qu'il n'a pas seulement les pouvoirs d'une juridiction ordinaire, il s'en attribue de plus importants. Si le Sénat était un Tribunal comme les autres, il devrait juger et punir des faits prévus et punis par le Code, et uniquement ceux-ci; nous verrons qu'il n'en est rien. Nous ne croyons pas inutile de rappeler ces infractions à la loi, car cela montre bien la nature spéciale de cette juridiction.

Le Sénat n'ayant que les pouvoirs d'un Tribunal ordinaire, ne pourrait condamner un individu que pour un fait prévu et défini par la loi pénale, et en lui donnant la qualification même de la loi. Le dispositif de son arrêt devrait reproduire, comme celui de toute sentence juridictionnelle de condamnation, le texte des articles de la loi en vertu desquels est prononcée la condamnation. Ceci serait l'application des principes formulés par l'article 8 de la Déclaration des Droits de 1789. « Nul ne peut être puni, qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée », et de l'article 4 du Code pénal : « Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. » La solution n'est pas contestée quand le Sénat juge des attentats contre la sûreté de l'Etat; il ne condamne pour attentat ou complot, que les individus reconnus coupables de ces crimes suivant la définition qui en est donnée par les articles 75 et suivants du Code pénal, et dans les condamnations prononcées en 1889-1899 et 1920; on trouve, transcrits, les textes dont la Cour fait application.

On soutient, au contraire, que le Sénat peut condamner un ministre pour un fait commis dans l'exercice de ses fonctions, alors même que ce fait ne serait pas prévu,

défini et qualifié crime par la loi pénale. On invoque à ce sujet un argument discutable : on dit que la responsabilité pénale du ministre ne serait que le prolongement de sa responsabilité politique, et le Sénat devenant Juge n'en reste pas moins une Assemblée politique. On rattache aussi ceci à l'Impeachment anglais et l'on montre que chaque fois qu'a fonctionné une Haute Cour, qui n'était pas formée par une Assemblée législative en 1791, an III, an XII, en 1848, les Ministres ne pouvaient être condamnés que pour des faits prévus par la Loi pénale, car cette juridiction n'avait rien d'une Assemblée politique. Avec les Chartes de 1814 et 1830, basées sur le système anglais, nous voyons la Chambre des Pairs se reconnaître le droit de condamner les ministres pour des faits non prévus par la loi pénale et elle le montre bien en 1830. Esmein soutient ce système et nous dit : « Le jugement du Sénat, bien que pouvant aboutir à une condamnation pénale, doit être, avant tout, un jugement politique et les actes des ministres doivent, en toute justice, bien entendu, être jugés ici comme des actes politiques. » Duguît n'est pas de cet avis et il nous dit qu'en France on distingue la responsabilité pénale de la responsabilité politique : dans la première, il y a infraction, non dans la seconde; or, il n'y a infraction que lorsque se trouvent réunis les faits qui, en vertu d'une loi la constituent, sinon c'est un régime arbitraire. Le précédent de 1830 n'a pour lui aucune valeur car, dit-il, « de ce que la Chambre des Pairs de la Monarchie de Juillet a violé les principes du droit les plus certains, on ne peut pas conclure que le Sénat républicain ait le droit de les violer. » Duguît ne reconnaît non plus aucune valeur à l'exemple anglais. On lui objecte que tous les crimes ne peuvent être prévus par une loi, il répond que l'on n'a qu'à appliquer les articles 114 et suiv. du Code pénal et, d'après lui, le Parlement devrait faire une loi sur la responsabilité ministérielle.

De même pour le Président de la République; aucune loi ne déterminant les éléments constitutifs du crime de haute trahison et la peine à appliquer, Duguit estime que l'on ne pourra engager un tel procès que quand cela sera fait. On cite, en vain, l'exemple des U. S. A. qui, en 1867, jugent le Président Johnson, mais on fait surtout, jouer ici la responsabilité politique; or, notre Président est politiquement irresponsable, et sa responsabilité pénale doit être soumise à l'article 8 de la Déclaration des Droits. Esmein estime donc, qu'en l'absence de tout texte, la Chambre peut mettre en accusation et le Sénat juger le Président, mais on ne peut que prononcer sa déchéance; il en vient, tout de même, pour cela, à admettre une certaine responsabilité politique, ce que nous nous refusons à faire.

Une dernière conséquence de la proposition, d'après laquelle le Sénat, Haute Cour, n'a que les pouvoirs d'une juridiction, est celle-ci : il ne peut condamner les accusés qu'à des peines prévues par la loi pénale définissant le crime pour lequel il condamne et dans les limites du maximum et du minimum fixés par la loi pénale. Il peut, d'ailleurs, faire application de l'article 463 du Code pénal sur les circonstances atténuantes. De nos jours, les juridictions ne peuvent plus prononcer de peines arbitraires, régime des peines légales. Le Sénat a, d'ailleurs, en 1889 (affaire Boulanger), en 1899-1900 (Arrêt du 4 janvier 1900) frappé les accusés condamnés en appliquant les articles 89 et suivants du Code pénal et en infligeant les peines édictées par ces articles. La Loi du 10 avril 1889 (art. 23) fait d'ailleurs obligation d'appliquer rigoureusement les peines prévues par la loi, combinées avec les dispositions de l'article 463 du Code pénal, « sans qu'il puisse y substituer de moindres peines », et de rappeler dans l'arrêt les dispositions légales dont il fait l'application. Ceci va jouer encore, dans l'arrêt de 1920 (23 avril) où le Sénat condamne Caillaux par application de l'article 79 du Code pénal.

En 1830, précédent qui sera invoqué en 1918 : La Cour des Pairs commet une deuxième illégalité en disant, dans son arrêt : « Considérant qu'aucune loi n'a déterminé la peine de trahison et, qu'ainsi la Cour, est dans la nécessité d'y suppléer... » et, en condamnant les accusés à l'emprisonnement perpétuel, peine inconnue de notre système légal. Par son arrêt du 6 août 1918, le Sénat a suivi cette voie ; il déclare l'ancien ministre Malvy coupable de forfaiture, crime non prévu par notre Code pénal, et le condamne au bannissement, avec dispense de dégradation civique, contrairement aux articles 28 et 167 du Code pénal. Un attendu de l'arrêt du 6 août porte même ceci : « Attendu qu'il appartient à la Cour de justice, usant du pouvoir souverain qu'elle tient de l'article 12 de la L. C. du 16 juillet 1875..., de qualifier le fait et de déterminer la peine. » Duguitt fait justement remarquer que les termes de « Cour souveraine » ne peuvent s'interpréter que dans le sens « qui rend des décisions sans appel », mais non « qui peut aller au-delà de la loi et de la violer ». La Constitution crée une juridiction d'exception, mais aucun texte ne lui donne un pouvoir qui n'appartient pas aux juridictions de Droit commun. L'article 23, de la Loi du 10 avril 1889, était très net à ce sujet : « Les dispositions pénales, relatives aux faits dont l'accusé sera déclaré coupable, combinées, s'il y a lieu, avec l'article 463 du Code pénal, seront appliquées, sans qu'il appartienne, au Sénat, d'y substituer la moindre peine. Ces dispositions seront rappelées textuellement dans l'arrêt. » D'autre part, l'article 10, de la Loi du 5 janvier 1918 § 2, nous dit : « Les dispositions du C. I. C., ainsi que toutes les dispositions de la Loi du 10 avril 1889, non contraires à la présente loi, sont applicables devant le Sénat constitué en Cour de Justice, pour juger le Président de la République ou les ministres mis en accusation par la Chambre. »

Certains auteurs, dont M. Roux, essayent de justifier ce pouvoir du Sénat en disant que celui-ci, pour chaque procès, fait une loi, et qu'il l'applique tout de suite, mais ceci est méconnaître l'article 1 § 1^{er} de la L. C. du 25 février 1875, qui confie le pouvoir législatif au Sénat et à la Chambre des députés. Pour que le texte devienne loi, il faut qu'il soit voté par les deux Assemblées, or ici, le Sénat seul prend part au vote, il n'y a donc pas une loi.

CHAPITRE III

Avantages et inconvénients.

L'attribution des fonctions juridictionnelles au Parlement, est en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs. La logique veut que ce soit au juge de profession qu'incombe la mission juridictionnelle. Si le juge est en même temps législateur, nous avons vu que souvent il agit à sa guise. Le cumul des attributions législatives et juridictionnelles, le mélange de la justice et de la politique sont contraires à la raison et à l'équité. Si le pouvoir législatif est, en même temps, l'exécuteur de la loi, et le juge des litiges, que soulèvent son application, il n'y a plus de loi fixe, le juge changera la loi selon les circonstances. On a invoqué le système anglais de l'Impeachment sur lequel le notre a été copié; mais en Angleterre ceci s'est établi en 1396, sous Edouard III, et, à cette époque, la Chambre des Lords avait une haute compétence judiciaire étant sortie du « Magnum Concilium »; c'était la plus élevée de toutes les Cours de Justice. De nos jours, cette procédure, semble tomber en désuétude, en Angleterre.

La Haute Cour paraît se justifier, par la nature des infractions, ou par la qualité des accusés qui y sont déférés. En face de ces crimes qui peuvent mettre en péril, les institutions fondamentales de l'Etat, sa sûreté, son existence même, les tribunaux ordinaires ne risquent-ils pas de manquer, soit de clairvoyance, soit de fermeté. On peut craindre, quand l'accusé est un homme politique en vue, que les juges du Droit commun se montrent timorés, irrésolus ou impuissants.

Cette question est très discutée par les auteurs : Duguît, tout en admettant la Haute Cour, lui refuse toute extension de pouvoirs quant à la détermination de l'infraction et quant à la fixation de la peine. Barthélémy et Duez admettent cette extension, car, pour eux, la responsabilité pénale des ministres n'est que le prolongement de la responsabilité politique. Ils disent, tout de même, que les deux mots de justice et politique semblent jurer d'être accouplés.

Ce système qui enlève un accusé à ses juges naturels se justifie, disent-ils, tout de même par les considérations suivantes : 1° Intérêt du régime ou de la nation. On craint que les juges ordinaires dont les conditions de nomination et d'avancement n'ont pas fortement trempé le caractère, se montrent timides et hésitants en présence d'hommes qui ont la puissance, l'ont détenue ou peuvent la reconquérir; 2° Intérêt des accusés qui trouveront ainsi des juges plus aptes à les comprendre; 3° Intérêt de la magistrature législative soucieux de son prestige; 4° A crime national, jury national disent-ils. Hauriou dit que c'est une juridiction exceptionnelle et politique et la seule qui, malgré ses inconvénients et ses dangers, puisse lutter contre les factions politiques. Il cherche à montrer la nécessité de cette justice; il admet que la Haute Cour peut agir à sa guise. Esmein voit, dans la Haute Cour, un tribunal comme les autres, qui a l'inconvénient d'être composé de juges trop nombreux, mais qui, d'autre part, a l'avantage d'être toujours prêt à fonctionner, qui peut avoir des traditions et une jurisprudence. Carré de Malberg y voit une Assemblée qui reste, avant tout, législative, et qui n'est « qu'un tribunal d'occasion ». Il croit aussi à la connexité entre la responsabilité pénale et la responsabilité politique des ministres; il demande cependant que le Sénat se comporte comme un véritable juge, et qu'il se borne à appliquer, uniquement, les lois en vigueur, ce qui exclut, pour cette

Assemblée, la possibilité de créer, arbitrairement des peines. Pour Carré de Malberg, les textes de Droit pénal doivent être interprétés restrictivement; c'est là un principe fondamental, à ses yeux, et qui garantit les individus contre tout arbitraire de la part des juges. Il ne croit pas à l'impartialité de la Haute Cour : « Par lui-même, le Parlement est une Assemblée politique mêlée étroitement à toute l'action gouvernementale et qui, par ce seul motif, ne peut être envisagé comme un arbitre neutre. » (Contribution à la théorie générale de l'Etat, note 23, pp. 730 et suiv.).

Bonnard nous dit qu'une juridiction spéciale peut être admise si elle doit assurer une meilleure justice, l'exception apportée à la séparation des pouvoirs est alors justifiée. La Haute Cour répond-elle à ceci ou son impartialité est-elle douteuse ? Bonnard constate que si la Chambre Haute offre des conditions de compétence politique désirables, l'impartialité et, dans certains cas, l'indépendance lui font fatalement défaut. « Les Assemblées politiques ne présentent aucune des garanties qu'offrent les autorités judiciaires. D'abord l'impartialité, surtout en matière de décisions individuelles, n'est pas leur propre; toute leur activité étant dominée par la lutte des partis, elles se laissent fatalement entraîner à mettre leur pouvoir au service de leurs idées, de leurs rancunes politiques et cela, souvent, au détriment de toute justice et même de tous droits. Enfin, elles tombent aisément dans l'injustice et l'arbitraire. De plus elles sont des organes irresponsables; leurs membres même, à raison des immunités dont ils jouissent dans l'exercice de leurs fonctions, ne peuvent pas être atteints de responsabilités civiles ou pénales. Ainsi, tendance à la partialité dans les décisions individuelles, sous l'influence des considérations politiques, absence de répression pour les abus qui peuvent être commis, voilà ce qui rend le Parlement peu apte aux fonctions judiciaires. » Bonnard

fait en quelques sortes le procès du Sénat, Haute Cour; il nous montre que c'est un juge trop puissant, trop facilement porté aux excès du pouvoir.

On a même dit, à propos de l'arrêt de 1918, que le Sénat Haute Cour peut être comparé à l'institution de l'état de siège, doctrine de légitime défense de l'Etat, ou de salut public, basée sur la nécessité qui n'est autre chose que l'application de ce détestable sophisme que la fin justifie les moyens.

Les auteurs admettent tous, en général, les principes d'une Haute Cour, mais les avis diffèrent quand il s'agit de savoir à qui confier l'attribution de cette haute justice, et nos Constituants qui ont adopté le système du Sénat Haute Cour avaient le choix entre trois : celui qu'ils ont adopté, la Haute Cour nationale, et ils pouvaient aussi confier l'examen de ces affaires à la Cour suprême de l'ordre judiciaire. Nous allons brièvement constater que ces systèmes présentent, à la fois, des avantages et des inconvénients tout comme celui qu'a consacré notre Constitution.

Le système qui consiste à attribuer la connaissance de ces crimes spéciaux à la Cour suprême de l'ordre judiciaire existe, de nos jours, en Belgique (Constitution révisée de 1921) en Suisse, aux Pays-Bas et en Roumanie. Il n'a jamais fonctionné en France. En faveur de la compétence de la Cour suprême, on invoque un savoir très étendu, des connaissances très approfondies du droit et de la procédure, et une impartialité suffisante. Mais, il y a des inconvénients aussi : si les membres des tribunaux sont nommés, exclusivement, par le Chef de l'Etat, on peut craindre l'ingérence du pouvoir central et une pression inacceptable sur l'esprit des magistrats. On peut craindre aussi, que cette Haute Cour s'immisce dans les affaires du gouvernement comme les anciens Parlements. Il faut aussi penser que le doigté, en matière politique va lui manquer. La Cour suprême est

faite pour trancher des questions de droit pur, or la justice politique ne peut se maintenir dans le cadre de la justice ordinaire qui est trop stricte et trop rigoureuse.

La Haute Cour nationale, composée en partie de magistrats de l'ordre judiciaire et d'un Jury de forme politique, ce système a souvent fonctionné chez nous et paraît avoir donné de bons résultats. (Jugement de Grachus Babœuf et de ses complices. Jugement des agitateurs du 15 mai 1848.) Elle permet de réunir l'esprit judiciaire et l'esprit politique; ils peuvent s'éclairer mutuellement, se rectifier, mais il est à redouter que ces deux pouvoirs se contrecarrent et rendent trop facilement des jugements critiquables, car le jury lui-même risque d'être influencé. C'est pourtant vers ce système que l'on s'est tourné en le modifiant sur certains points, quand on a voulu, en 1923, réformer la justice politique, ce que nous allons montrer, maintenant, dans le chapitre suivant.

CHAPITRE IV

Tentative de réforme.

En 1923, l'affaire Cachin va permettre de poser la question de la réforme de la justice politique. Le Sénat se rend compte que le jugement des attentats contre la sûreté de l'Etat, est une lourde charge pour lui; il semble avoir voulu montrer, en se déclarant incompétent, qu'il entendait être dérangé le moins possible de ses travaux législatifs. Fin Novembre 1923, le Garde des Sceaux, M. Colrat, adressait au Vice-Président du Conseil d'Etat une lettre dans laquelle il indiquait les grandes directives préconisées par le Gouvernement et que le Conseil d'Etat chargé d'étudier la réforme devait suivre : 1° La réforme ne concerne que les crimes et attentats contre la sûreté de l'Etat; 2° On veut la création d'une Cour spéciale distincte du Sénat : jury nommé par le Sénat et magistrats nommés par la Cour de cassation; 3° On prévoit que le projet pourrait se réaliser sans toucher à la Constitution, car il y aurait création d'une juridiction de plus qui concurrencerait les deux autres (Sénat et Cour d'assises) sans les supprimer. L'instruction serait confiée à des magistrats de carrière, le procureur général près la Cour d'appel remplissant les fonctions de ministère public, et enfin nous aurions des dispositions pénales en harmonie avec notre Code. Colrat dit, dans sa lettre : « Je donne au cabinet une option entre le Sénat et une Cour spécialement créée pour les crimes dont le jugement découle de l'exercice d'une compétence ratione materie. Ces deux juridictions pouvant dessaisir la Cour d'assises. L'avantage de cette Cour spéciale est le suivant :

des hommes politiques donnent la note politique, des juges donnent la note de droit. » Ce projet n'est, en somme, qu'un moyen détourné, pour le Gouvernement, de s'assurer une chance supplémentaire dans le succès des procès politiques engagés; ceci paraît être un obstacle à l'exercice d'une bonne justice, car cette nouvelle Cour serait obligée de juger sans pouvoir statuer sur sa compétence, c'est au fond un des buts recherchés.

Cette Cour spéciale tiendrait lieu et place d'une Cour d'assises ordinaire, avec cette distinction qu'elle serait un Tribunal supérieur, chargé, dans certains cas particulièrement graves, signalés par le pouvoir exécutif, de discerner s'il y a atteinte à l'intérêt général ou simplement agitation localisée. Par sa composition et son caractère spécial, cette organisation offrirait des garanties assez sérieuses d'impartialité et serait, comme disait M. Cauchy : « Une Cour d'assises de Droit commun, élevée à sa dernière puissance. »

Labanowsky (« La réforme de la justice politique en France », Thèse Lille, 1925, pp. 65 et suiv.), nous donne un projet détaillé de Haute Cour spéciale de justice politique qui serait trop long à étudier ici. Ce projet donnerait davantage de satisfactions parce que cette Cour spéciale aurait toutes les garanties des tribunaux ordinaires. En somme, il reprend et modifie le projet de Colrat, en le rendant, peut-être, plus juridique. Mais pour atteindre ce résultat, il faudrait modifier la Constitution, et c'est ce qui a jusqu'ici empêché la réforme d'aboutir.

Dans l'étude que nous venons de faire du Sénat Haute Cour, nous avons essayé de démontrer qu'il était une véritable Cour de justice, de justice spéciale, sans doute; mais le fait de confier des attributions judiciaires à une Assemblée législative n'en constitue pas moins une violation du

principe de la séparation des pouvoirs. Nous avons pu constater que le système de procédure utilisé devant la Haute Cour n'était pas encore tout à fait au point, et qu'il lui permettait trop d'agir à sa guise quant à la détermination de l'infraction et de la peine à appliquer.

Nous ne pouvons tout de même pas nier la nécessité de la justice politique qui offre de sérieux avantages, et nous ne pensons pas que l'on puisse la supprimer. Ceux qui, en France, voudraient supprimer la Haute Cour voudraient, par là même, faire disparaître le Sénat, Assemblée législative. Une réforme dans le sens de celle prescrite par le Garde des Sceaux Colrat serait, peut être, souhaitable, mais il ne faut pas songer l'accomplir sans toucher à la Constitution, et c'est là le principal obstacle.

SECTION II

LA VÉRIFICATION DES POUVOIRS

Vérifier les pouvoirs, c'est rechercher si les règles positives ou négatives destinées soit à assurer la sincérité du vote ou la liberté des élections, soit à garantir la sagesse de leur choix, n'ont pas été violées. Rechercher si la loi n'a pas été violée, n'est-ce pas là la tâche du juge ? Or, notre loi confie le soin de vérifier les pouvoirs de ses membres aux Chambres elles-mêmes; nous voici donc, ici, en présence d'une nouvelle exception à la séparation des pouvoirs, du fait de l'attribution de pouvoirs judiciaires à des Assemblées législatives. Ces deux Assemblées ayant des pouvoirs sensiblement égaux, pour simplifier nous n'étudierons que les grandes lignes qui sont communes.

Historique.

Les Etats Généraux possédaient déjà le droit de vérifier les pouvoirs de leurs membres, à ce moment-là, d'ailleurs, ceci était tout naturel et logique, car c'était une assemblée de mandataires, au sens véritable du mot, il fallait donc que celle-ci puisse vérifier, elle-même, la régularité des mandats donné à chacun de ses membres. Ce droit était d'ailleurs précaire car le Roi prétendait que ce n'était qu'une concession de sa part, et il se réservait parfois, lui-même, le droit de vérification, témoin une Déclaration

royale du 23 juin 1789 (art. 2 et 10). L'Assemblée de 1789 vit dans ceci une atteinte à la Souveraineté nationale et s'empara de haute lutte du droit absolu de vérification. La Constitution du 3 septembre 1791 reprend ces idées, celle du 24 juin 1793 ne s'en occupe pas. La Constitution du 5 Fructidor An VIII dit : « Dans tous les cas le corps législatif prononce seul sur la validité des opérations électorales. » mais tout de même admettait une timide intervention du pouvoir judiciaire : dans certains cas recours devant le tribunal civil. L'acte additionnel du 22 avril 1815 restituait définitivement et entièrement aux Chambres la vérification des pouvoirs, et depuis, ce principe n'a plus cessé d'être appliqué chez nous, nous le retrouvons dans les Chartes et dans les constitutions qui précèdent celle de 1875.

CHAPITRE PREMIER

Procédure.

L'article 10 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 nous enseigne : « Chacune des Chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection; elle peut seule recevoir leur démission. » Ce principe une fois posé, les lois constitutionnelles ne se préoccupent pas du tout de la procédure à suivre pour vérifier les élections. Les Chambres ont donc résolu la question au moyen de règlements intérieurs (Sénat, 10 juin 1876, articles 8 à 10; Chambre, 4 février 1915, articles 1 à 6). La vérification se fait en deux temps : 1° Instruction faite dans les bureaux; 2° la décision prise par les Chambres en séance.

1° *L'Instruction.* — Les nouvelles Chambres, dès qu'elles se réunissent, tirent au sort, parmi tous les nouveaux élus, les membres qui vont être chargés de vérifier la légalité des élections. Ces bureaux sont au nombre de 11 à la Chambre, et de 6 au Sénat. La répartition des procès-verbaux des élections se fait par lettre alphabétique des départements; ils sont examinés par des Sous-Commissions désignées également par la voie du sort. Les bureaux divisent les élections en deux catégories : les élections contestées, et celles qui ne le sont pas, et qui comprennent celles qui n'ont donné lieu à aucune protestation, et celles qui n'ont donné lieu à aucune contestation sérieuse. Ceci permet d'atténuer les inconvénients résultant du principe de la vérification générale, en réduisant à une assez brève formalité le contrôle exercé sur les premières. Les bureaux ou Sous-Commissions s'éclai-

rent par tous les renseignements qui leur paraissent utiles, entendent les candidats proclamés et leurs concurrents, peuvent convoquer des fonctionnaires publics, les bureaux électoraux, des tiers peuvent demander à être entendus, ils peuvent requérir les dossiers judiciaires et ne sont pas liés par les décisions judiciaires. Les bureaux jouent, ici, un rôle très important, car c'est, en général, de l'orientation donnée à l'examen de la contestation que dépendra la solution à intervenir.

2° *Décision de la Chambre.* — L'Assemblée ne doit examiner les élections contestées qu'après s'être constituée, par la nomination du bureau définitif. Les questions de vérification sont, de droit, inscrites à l'ordre du jour. C'est sur les conclusions des rapports fournis par les bureaux que les Assemblées ont à se prononcer, et ce sont elles qui doivent être mises aux voix. Chaque élection donne lieu à un vote séparé, même, si pour une raison quelconque, plusieurs élections avaient fait l'objet d'un seul rapport. Les décisions prises ne sont pas motivées et ne tranchent jamais de questions de principe. Sur cette matière les Chambres statuent, comme un véritable tribunal, elles sont donc, en principe, obligées de se conformer d'une façon stricte aux dispositions légales. L'opération porte sur trois points : l'éligibilité, la valeur matérielle des bulletins et la valeur morale de l'élection. La Chambre peut prendre quatre décisions : valider ou invalider le nouvel élu, l'ajourner ou demander un supplément d'enquête, pour être mieux fixée. Tout comme un véritable tribunal, elle ne peut s'abstenir de juger, mais ici le deni de justice ne comporte pas de sanctions.

Un certain nombre de règles de procédure sont tout de même violées : L'article 378 du Code de Procédure civile et les articles 379 et s. du Code d'instruction criminelle : tous les députés élus ont le droit de siéger et de juger sans

égard à leurs relations, ni à leurs attaches personnelles ou politiques. Les non encore validés ne sont même pas exclus, ni ceux qui n'ont pas assisté à toutes les séances, on permet même de voter par procuration ! On viole ainsi l'article 257 du C. I. C. puisqu'on permet aux membres ayant pris part à l'instruction (membres des bureaux et commissaires enquêteurs) de prendre part au vote. Et si, d'une manière générale, les Chambres statuent comme des tribunaux ordinaires, il y a encore des différences. Le vote est public (alors que l'opinion des juges n'est pas connue), la Chambre statue d'office sans être saisie (une juridiction ne statue que si elle est saisie). Les jugements que rendent les Chambres sont sans recours.

3° *Commissions d'enquête.* — Ces commissions sont nommées quand les Chambres demandent des éclaircissements. Ceci a soulevé de grosses difficultés jusqu'à la loi du 23 mars 1914. Ces commissions furent très mal vues au début, et alors se posa la grave question de savoir quelle doit être la situation des témoins qu'elles vont faire comparaître. Peuvent-elles les obliger à prêter serment ? En 1848, les témoins cités prêtent serment sans difficultés. En 1877, à la suite des incidents du 16 mai, la Chambre nomme, le 15 novembre, une commission de 33 membres chargés, d'une façon générale, d'enquêter sur les opérations électorales des 14 et 28 octobre. Au cours de cette enquête se pose, à nouveau, la question des témoignages. Le Tribunal correctionnel de Blaye, par un jugement en date du 21 mars 1878, répond que l'on ne peut accorder des pouvoirs judiciaires à ces commissions. La Cour de Bordeaux confirme ce jugement, 26 juillet 1878. Il fallut attendre le 23 mars 1914 pour que l'on puisse obliger les témoins cités à déposer sous la foi du serment. Et cependant il y avait contradiction à reconnaître à la Chambre le droit de se renseigner, et à lui refuser le droit de conférer aux personnes qu'elle interroge le caractère légal de témoin.

CHAPITRE II

Que faut-il penser de la vérification des pouvoirs ?

Le candidat dont l'élection est contestée, est accusé d'un véritable délit, il a droit à avoir un juge. Ce juge, la L. C. du 16 juillet 1875, article 10, le lui donne, sous la forme de l'Assemblée elle-même. Cette Assemblée va donc, contrairement au principe de la séparation, avoir tous les pouvoirs d'une juridiction saisie de ce contentieux objectif qu'est le contentieux électoral. Par conséquent, elle peut et doit statuer sur tous les éléments qui constituent la légalité de l'élection. Si tous les éléments sont réunis, la Chambre doit valider le nouvel élu sinon elle doit l'invalidier. L'admission ne pourra avoir lieu que si l'élection a été légalement faite, et l'invalidation n'est possible que si des illégalités ont été commises.

La vérification des pouvoirs consiste donc dans l'interprétation et l'application de la loi électorale, et ceci semble bien rentrer dans la fonction normale des juges. Comme le dit Müller (R. D. P., t. VII, p. 447). « L'acte ne peut changer de nature parce qu'il a trait à une disposition du Code électoral, au lieu de se rapporter, par exemple, à des articles du Code pénal ou du Code civil; il n'en reste pas moins un acte juridictionnel. » Esmein constate que ceci constitue un échec à la séparation des pouvoirs, car il y a empiètement, très net, du corps législatif sur le pouvoir judiciaire, il y a litige, on recherche si la loi électorale a été strictement appliquée.

Les Assemblées vérifiant les pouvoirs de leurs membres ont donc des pouvoirs de juridictions, c'est-à-dire qu'elles doivent strictement appliquer la loi. Certains auteurs cependant n'ont pas voulu admettre, pendant longtemps, que les Chambres sont, comme doivent l'être tous les tribunaux, étroitement liées par la loi. Ces auteurs se méprenant sur le sens de ce mot, disent que la décision de l'Assemblée est souveraine et que, par conséquent, elle ne saurait être limitée par la loi. La Chambre pourrait donc ainsi prononcer l'invalidation, non seulement pour illégalité, mais aussi quand certaines raisons d'opportunité lui paraîtraient l'imposer, de même pour l'admission. Pierre (« Traité de Droit politique et parlementaire ») : « Le Sénat et la Chambre sont chacun, séparément, souverains juges de la légalité de leurs membres, de la validité de l'élection... Il n'y a pas plus de limites et de restrictions aux prérogatives de ces Chambres lorsqu'elles vérifient les pouvoirs de leurs membres, qu'il n'y avait de limites et de restrictions aux prérogatives des Chambres antérieures... la Chambre statuant en matière de vérification des pouvoirs n'est liée, ni par le texte des lois, ni par les décisions du suffrage universel; elle est souveraine, d'une souveraineté absolue et sans réserve »(2^e édit., 1902, pp. 412-413). Ceci avait aussi été soutenu, le 3 juin 1879, au moment de la discussion sur l'élection de Blanqui. Clémenceau disait : « Nous ne sommes ni un jury, ni un tribunal, nous sommes la Chambre des députés, c'est-à-dire un corps politique statuant sur l'élection, c'est-à-dire sur un acte politique, la Chambre en matière d'éligibilité, et sur ce point seulement, jouit de pouvoirs souverains, de pouvoirs discrétionnaires. » Le bureau, saisi de l'affaire, conclut à l'invalidation, et dit par l'organe de son rapporteur, M. Lacaze : « C'est un tribunal, gardien inflexible de la loi qu'il a mission d'appliquer. » Malgré Clémenceau, Blanqui fut invalidé. En effet, si l'élection législative, quant au fond (le choix de l'individu) est

bien un acte politique, il ne saurait en être de même en ce qui concerne la forme, nous avons donc ici un acte juridictionnel. Tout comme dans le cas du Sénat Haute Cour, ces auteurs disaient, pour justifier ceci, qu'il est loisible à une Chambre de remplacer les textes législatifs existants par l'expression de sa volonté nouvelle, mais nous répondrons à nouveau qu'une Chambre seule ne peut faire une loi. La tendance actuelle, somme toute acceptable, consiste à ne tenir compte des irrégularités électorales en vue de l'invalidation que dans la mesure où ces irrégularités ont pu avoir quelque influence sur le résultat du scrutin.

Après avoir constaté que le droit de vérification des pouvoirs conférait aux Chambres de véritables attributions juridictionnelles, nous allons voir ce que pensent de la question un certain nombre d'auteurs. Fuzier-Herman (« La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le Droit constitutionnel comparés ») constate que, du moment que les élections des Conseils généraux sont soumises au Conseil d'Etat, et celles des Conseils d'arrondissement aux Conseils de Préfecture qui sont des juridictions, il n'y a pas de raisons pour qu'il n'en soit pas de même des élections législatives. Certains auteurs avaient dit que le droit de valider les élections de leurs membres confié aux Assemblées était une question de dignité. Fuzier-Herman réfute ceci, car il dit : « Au moment de la vérification de l'élection, ils ne fait pas encore partie, ou à titre précaire, partie de la Chambre et qu'il n'y a aucune humiliation, pour un futur législateur, à s'incliner devant la loi interprétée par son organe naturel ». Il conclut que seule une raison d'utilité a pu faire donner ces pouvoirs aux Chambres.

Saint-Girons (« Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique administratif et judiciaire ») admet que la vérification des pouvoirs devrait appartenir à l'autorité judiciaire car dit-il : « Il est contraire à la liberté du

député de faire vérifier ses pouvoirs par ses collègues. » Hauriou, qui voit dans la vérification une opération judiciaire, trouve qu'il est fâcheux que l'on confie ce soin aux Assemblées. Barthélémy et Duez repoussent l'idée avancée par certains défenseurs du système de l'indépendance de la Chambre à l'égard du pouvoir judiciaire, car elle n'est pas en jeu ici; il s'agit seulement de savoir si une opération électorale est régulière, c'est-à-dire conforme à la loi, ou non. Ils repoussent de même l'idée de souveraineté : pour eux, le Parlement n'est pas souverain ici, la loi seule l'est en matière de contentieux. Comme il s'agit de trancher un litige, c'est une mission propre aux juges. La compétence de la Chambre, concluent-ils, est donc une entorse à la logique et qui ne se justifie que par des considérations pratiques.

Esmein constate que ceci est avant tout une arme défensive aux mains des Assemblées contre l'exécutif, et qu'il y a de plus grandes garanties que devant un tribunal ordinaire; nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de ceci.

Bonnard s'attaque tout d'abord à l'expression même de vérification des pouvoirs qu'il trouve vicieuse, car elle laisse supposer que les députés tiennent leurs pouvoirs des électeurs, ce qui n'est pas; ils tiennent leurs pouvoirs des lois constitutionnelles et ordinaires, et le rôle de l'électeur se borne à les choisir pour réaliser le fait de la représentation. Il essaye de justifier le système par l'idée d'indépendance du pouvoir législatif; nous avons vu ce qu'il fallait penser d'un tel argument. Il invoque enfin la compétence politique de l'Assemblée, qui, justement, à notre avis, ne devrait pas entrer en ligne de compte ici, puisque nous avons un véritable procès où l'on ne devrait dire que le Droit.

Duguit constate que les Chambres, vérifiant les pouvoirs de leurs membres, font exactement la même besogne que

le Conseil d'Etat et les Conseils de préfecture, juges des élections. Il y a donc nettement fonction judiciaire, et il nous montre tout le danger qu'il y a à confier de telles attributions à un tribunal politique.

Quant à Carré de Malberg il s'entête à ne pas vouloir admettre que dans l'exercice de la vérification des pouvoirs, les Chambres possèdent des pouvoirs judiciaires. Pour justifier sa théorie, il s'appuie sur les diverses exceptions aux conditions de forme auxquelles est soumise la procédure des autres Tribunaux et qui caractérisent la fonction et les organes juridictionnels.

Quels sont donc les principaux inconvénients que nous relevons à la charge de cette organisation ? L'Assemblée, dirons-nous tout d'abord, ne possède ni le calme ni la dignité souhaitables (les débats sont souvent troublés par de violentes discussions qui déshonoreraient un tribunal judiciaire). Ce Tribunal ne présente pas toutes les garanties d'impartialité nécessaire : on juge, le plus souvent, un individu d'après sa nuance politique, beaucoup plus que d'après la régularité de son élection. Le parti qui a la majorité, fait de la vérification une arme de représailles contre le parti adverse, ce qui se concilie mal avec l'impassibilité sereine qui convient à une juridiction. Les passions et les intérêts des partis dominant, souvent, l'esprit des juges, et on arrive ainsi à faire des procès de tendance aux élus de la minorité. (Exemple sous le Directoire.) Donc moyen d'oppression politique. Müller nous dit (R. de Droit public, mai-juin : « De la vérification des pouvoirs des députés ») : « La Chambre, lorsqu'elle juge elle-même, est un tribunal suspect. » N'est-il pas délicat de confier à des élus le soin de juger d'autres élus qui, une fois validés, deviendront juges à leur tour. Nous assistons aussi à des incidents déplorables semblables à celui de 1928 (juin), qui montrent bien cette sorte de marchandage. Un député, dont l'élection était con-

testée, déclara qu'il ne voulait pas qu'elle le fut, sans quoi il contesterait toutes celles de ses collègues. On est obligé de déclarer que son élection ne serait pas contestée, mais on valide, en même temps, un député d'opinion contraire.

En 1875, déjà, Daguenet disait (*J. O.*, 1^{er} août 1875, p. 6.172) : « Ces graves aléas, il est possible de les pressentir, quand une Assemblée électorale est investie d'une souveraineté absolue, quand ses décisions sont sans appel on peut craindre qu'elle ne s'engage, qu'elle ne soit entraînée dans un système arbitraire lorsque ses intérêts et ses passions le lui commandent. » Le 3 juillet 1903, M. Aynard (*J. O.* du 4 juillet 1903, p. 2.099) prononce un véritable réquisitoire contre le système. Après avoir dit que les Chambres rendent une justice aveugle, il ajoute : « Je m'adresse au système actuel qui fait que nous nous instituons les juges de nos adversaires politiques, que peu d'hommes, en matière de justice électorale, peuvent s'élever au-dessus de toutes les passions, et juger comme un juge le ferait sur son siège. »

CHAPITRE III

Systèmes proposés pour réformer la vérification des pouvoirs.

Mais le tout n'est pas de critiquer le système, il nous faut voir quelles ont été les diverses propositions de modification. Envisageons, tout d'abord, ce qui se produirait si on confiait la connaissance du contentieux électoral à la justice judiciaire. Ainsi, le principe de la séparation des pouvoirs serait pleinement respecté, les juges appliquant la loi ne pourraient être accusés de porter atteinte au pouvoir législatif; ils seraient plus justes que les hommes politiques parce que, par leurs fonctions même, et par leur habitude de connaître et d'appliquer la loi, ils se sont formé une moralité spéciale, un esprit de justice et de légalité mieux trempé et qu'ils n'ont aucun intérêt immédiat en jeu, ils ne toucheraient pas aux questions politiques n'ayant qu'à dire : « le droit ». Chacun restera dans son rôle, la Chambre n'aura pas à se transformer en Tribunal, le législateur n'aura plus à juger, le juge ne sortira pas de sa fonction d'appliquer la loi. Ceci assurerait la triple garantie d'impartialité, de régularité et de compétence; ce serait une satisfaction donnée aux aspirations vers la justice, un gage d'apaisement entre les partis politiques. Mais objecte-t-on, se serait une atteinte à la souveraineté nationale; les magistrats auraient à jouer dans nos luttes

politiques un rôle prépondérant, ceci est faux, car le juge ne s'occupera pas de politique, mais de droit. On a dit, aussi, que le Gouvernement aurait trop d'influence sur les juges malgré leur inamovibilité, nous ne le pensons pas. On a parlé aussi d'atteinte à la dignité de la magistrature, et même de son embarras devant des questions politiques; à ceci, répondons encore une fois que la justice ne s'occupera que du droit et non de la politique. Saint-Girons (v. pp. 546 et suiv.) demande, tout d'abord, le vote d'une loi sur la corruption électorale afin de ne plus avoir de délits vagues et insaisissables (nous sommes ici entièrement de son avis); il demande ensuite que l'on donne la connaissance de ces affaires à des juges chargés purement et simplement d'appliquer la loi, car la vérification judiciaire serait une garantie des droits de la minorité, et par suite empêcherait le despotisme et assurerait plus de justice. Il propose la création d'un tribunal spécial. « On pourrait admettre que le Bureau de chaque Chambre présentât des candidats choisis, en nombre égal, dans la Cour de Cassation, le Conseil d'Etat et parmi des jurisconsultes éminents, le Chef de l'Etat nommerait, sur cette liste les juges de la loi électorale. » Les protestations devraient porter sur des faits précis et articulés, des délits prévus et punis par la loi, les signataires devraient déposer une somme pour les frais de la vérification judiciaire, somme qui leur serait restituée si l'élection était cassée.

Si nous admettons le principe d'une vérification judiciaire, à quelle branche de la justice allons-nous la confier?

La Cour de Cassation est indiquée par un certain nombre d'auteurs, car ses membres échappent plus facilement à l'emprise du milieu dans lequel l'action a été menée et de plus n'ayant plus rien à espérer du Gouvernement; ils présenteront le maximum de garanties. On a dit, à tort, qu'elle perdrait de son prestige. Le seul inconvénient serait,

à notre avis, le retard apporté dans la procédure et l'encombrement qui en résulterait pour la Cour de Cassation.

On a proposé d'utiliser le Conseil d'Etat pour connaître de la vérification des pouvoirs; n'est-il pas déjà compétent en ce qui concerne les Conseils généraux ? Il est composé d'hommes habitués à l'interprétation de la loi, au rôle de juge et n'ayant, par suite de leur haute situation même, rien à attendre du Gouvernement. Certains estiment cependant, à tort croyons-nous, que le Gouvernement pourrait exercer, en matière électorale, une influence abusive, grâce à l'amovibilité de ses membres, mais à part cela on ne peut pas adresser de gros reproches à ce système.

Certains auteurs ont parlé du Tribunal des Conflits, qui, chargé de maintenir le concert entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat paraît naturellement désigné, à leurs yeux, pour connaître de ce contentieux. Il aurait l'indépendance et l'autorité nécessaire pour rendre des décisions strictement justes sans se laisser influencer par la politique. Il présenterait cependant, à notre avis, un certain danger car, dans le cas de vérification des pouvoirs, le Ministre de la justice pourrait revendiquer son droit de présidence, et ainsi le Gouvernement s'introduirait dans les affaires électorales.

Müller avait même proposé que la vérification des pouvoirs soit attribuée au Tribunal du lieu de l'élection. Les élections des députés seraient examinées par le Tribunal du chef-lieu d'arrondissement, celles des sénateurs par le Tribunal du chef-lieu de département. Nous ne pensons pas qu'un tel système puisse offrir de sérieuses garanties d'indépendance et d'impartialité.

Certains auteurs avaient aussi pensé instituer un jury spécial, comme cela existe dans certains pays; mais nous ne croyons pas à l'acclimatation possible d'un tel système chez nous.

En 1928, M. Bonnefous propose que l'on ait recours au concours de la Section spéciale du Contentieux du Conseil d'Etat appelée à donner un avis préalable aux Chambres à propos des élections contestées.

Avant de prendre position sur la question, disons quelques mots sur les systèmes employés à l'étranger.

En Allemagne (Constitution du 11 août 1919, article 31), la vérification des pouvoirs cède la place à un contentieux porté devant une juridiction, véritable Tribunal spécial formé auprès du Reichstag. Il se compose des membres du Reichstag, que celui-ci choisit pour la durée de la législature et de membres des tribunaux administratifs nommés par le Président du Reich, donc membres du Parlement et juges administratifs professionnels.

En Angleterre, au XVII^e siècle, les Communes usaient du même procédé que chez nous. Ce droit leur a été enlevé, partie en 1868 et partie en 1879. On aboutit à un système compliqué, mais où il y a une compétence judiciaire spéciale. La vérification des pouvoirs devient ici judiciaire en la forme et au fond : le juge se borne à chercher si les délits prévus par la loi ont été commis, si oui il applique la loi et casse l'élection en punissant le coupable.

En Belgique, système analogue à celui de notre Constitution : chaque Chambre valide ses membres en vérifiant leurs pouvoirs.

En Grèce (Constitution révisée de 1911); on crée un organe spécial : Tribunal composé de membres de la Cour de Cassation et des Cours d'appel tirés au sort.

Au Japon, compétence de la Cour d'appel. En Tchécoslovaquie (Constitution du 20 février 1920, articles 8 et 19 et loi du 29 février 1920); on organise un Tribunal spécial.

Conclusion.

Cette brève étude de législation comparée montre assez clairement que de nos jours on tend de plus en plus à détacher le contentieux électoral des Assemblées politiques, pour en donner la connaissance à des tribunaux de forme judiciaire. On va donc vers une plus stricte compréhension de la séparation des pouvoirs, en faisant appliquer la loi par les Juges. On a compris que la vérification régulièrement accomplie garantit la sincérité et la moralité du vote, et par suite la réalité de la souveraineté nationale; négligemment ou frauduleusement faite, confiée à une autorité suspecte elle devient un instrument d'oppression, un auxiliaire de la corruption et le jeu libre et loyal de nos institutions risque d'être faussé. La justice politique a donc de graves défauts, et nous pensons tout comme Duguît que l'on pourrait avantageusement confier la connaissance du contentieux électoral au Conseil d'Etat. Celui-ci présente, en effet, toutes les garanties nécessaires de bonne justice; il dirait, tout simplement, le droit et appliquerait la loi, ce qui est essentiellement le rôle du juge. Le principe de la séparation des pouvoirs serait ainsi respecté, la justice administrative étant, tout de même, la justice, et les intérêts des membres des Chambres seraient beaucoup mieux sauvegardés, parce que règnerait, enfin, l'esprit de justice. Pour accomplir une telle réforme, il faudrait aller à Versailles et ici, comme dans le cas du Sénat Haute Cour, on redoutera de mettre en marche la machine constituante.

SECTION III

LES COMMISSIONS D'ENQUÊTE

(Loi du 23 Mars 1914.)

Les Chambres élisent, chaque année, un certain nombre de Commissions dites permanentes ou d'administration, qui préparent ou étudient les projets de lois qu'on leur soumet, et qui intéressent le département ministériel auquel elles sont rattachées. A côté de celles-ci, et il ne faut pas les confondre, nous avons des commissions éphémères, nommées chaque fois que la Chambre a besoin d'éclaircissements sur un point particulier et, par exemple, comme nous l'avons déjà signalé, en matière électorale. Ces Commissions chargées de faire l'enquête y procèdent, établissent un rapport auquel elles joignent des conclusions contenant appréciation sur ce qui a fait l'objet de l'enquête. Le tout est présenté à la Chambre qui discute et vote sur le rejet ou l'admission des conclusions. Ce vote peut, comme celui qui suit une interpellation, contenir approbation ou désapprobation du Gouvernement, et par suite mettre en jeu, comme lui, la responsabilité des ministres.

CHAPITRE PREMIER

Les précédents historiques.

Jusqu'au 23 mars 1914, aucune loi, ni constitutionnelle, ni ordinaire, ni même aucun règlement intérieur, ne donnait aux Chambres le droit de nommer des Commissions d'enquête. Cependant, comme nous allons pouvoir le constater, les Chambres usaient fréquemment de ce moyen de contrôle. La première tentative a lieu sous la Convention, les Comités permanents et, en particulier, le Comité de Salut public, étaient autant de commissions d'enquête s'arrogeant des pouvoirs considérables sur les divers départements de l'Administration. Disparition complète sous le Consulat et l'Empire. Sous la Restauration, tentative à nouveau, sous prétexte de mettre en œuvre la responsabilité pénale des ministres; elles deviennent, bientôt, un moyen d'investigation, un moyen d'exercer un contrôle sur le pouvoir exécutif. Avec la Monarchie de Juillet, s'installe le régime parlementaire, éminemment favorable à leur développement. Depuis cette époque, les enquêtes seront d'autant plus fréquentes que le régime politique, alors en vigueur, donne plus d'autorité au pouvoir législatif.

La première date donc de 1828, enquête sur le ministère Villèle; elle n'outrepasse pas ses pouvoirs, qui sont assez faibles d'ailleurs. En 1830, enquête sur les ministres de Charles X; ici on accorde à la Commission des pouvoirs judiciaires; elle en use largement et empiète ainsi sur le judiciaire. Enquête sur le déficit Kessner (1833); elle use de ses pouvoirs ordinaires, pas de confusion. Enquête sur

les élections de Langres, Embrun et Carpentras (1842). Respecte, en général, la séparation des pouvoirs, sauf sur un point; elle cite, directement, devant elle, des fonctionnaires, sans passer par l'intermédiaire du Ministre. Enquête sur les événements de Juin (1848). L'article 3 du Décret de constitution, lui accorde les pleins pouvoirs judiciaires; elle en use abondamment et viole le principe de la séparation des pouvoirs, qui veut que les saisies et les perquisitions ne puissent être faites que par la justice. Enquête sur les actes du Gouvernement de la Défense Nationale (1871). La Commission reçoit, à nouveau, les pleins pouvoirs. Enquête sur les causes de l'insurrection du 16 mai 1871 (1871). Pouvoirs analogues à celle de 1848. Violation, à nouveau, de la séparation des pouvoirs. Enquête sur le Comité de l'Appel au Peuple (1874); n'eut pas de suite. Affaire des élections du 16 mai 1877, on lui accorde de larges pouvoirs, mais elle n'en use pas. Enquête sur l'affaire Cissey (1880). Pouvoirs les plus étendus que puisse avoir une Commission. Enquête Wilson-Caffarel (1887); on donne des pouvoirs étendus, mais l'affaire ne vient même pas en discussion. Enquête sur l'affaire Raynal (1895); respecte la séparation des pouvoirs. Affaire du Panama: Première enquête (1892): Malgré toutes les précautions prises, elle empiète sur le pouvoir judiciaire; Deuxième enquête (1897): Léger empiètement sur le pouvoir judiciaire à nouveau. Affaire des Chartreux (1904): respecte la séparation des pouvoirs. Enquête sur les liquidations des biens des établissements ecclésiastiques (1907); pas d'exception ici non plus. Affaire Rochette: Première enquête (1910): Ici se pose, avec force, la question des pouvoirs judiciaires à donner aux Commissions. Le Président du Conseil, Briand, s'oppose à cette extension; la Chambre lui donne raison. Deuxième enquête (1914): A ce moment les passions sont déchaînées, la Chambre est disposée à connaître toute la vérité et, pour cela, elle parle d'accorder les pleins pouvoirs judiciaires

à la Commission chargée de l'enquête. Le Sénat va mettre un frein à cet élan et ce sera le vote de la Loi du 23 mars 1914.

Nous nous excusons de la longueur de cet exposé historique, mais nous avons cru bon de mentionner les diverses enquêtes jusqu'au vote de la loi, pour montrer quelles étaient, avant 1914, les atteintes à la séparation des pouvoirs. Au cours de cette énumération, nous avons pu constater que les Commissions s'étaient, très souvent, vu attribuer des pouvoirs judiciaires étendus, mais que souvent aussi elles n'en avaient pas usé, ou en avaient usé modérément. Le danger n'en demeurait pas moins. En 1914, l'heure était grave; on sentait bien que si l'on accordait les pleins pouvoirs judiciaires à cette Commission, elle allait en user largement comme, d'autre part, on comprit que l'on ne pouvait pas tous les lui refuser, le Sénat, très sagement, vota la loi de 1914 qui lui donna des pouvoirs limités.

CHAPITRE II

La Loi du 23 Mars 1914

(Loi Rochette.)

Cette Loi est la première qui consacre officiellement l'existence des Commissions d'enquête, tout en leur attribuant certains pouvoirs judiciaires. Voyons ce que nous dit cette loi (*J. O.*, 24 mars). Article unique : « Toute personne dont une Commission d'enquête aura jugé l'audition utile, sera tenue de déférer à la citation qui lui sera délivrée, par un huissier, ou par un agent de la force publique, à la requête du Président de la Commission.

En cas de non comparution, le témoin défaillant qui ne justifie pas d'une excuse légitime sera puni d'une amende de cent à mille francs (100 à 1.000 francs).

Il pourra, en outre, sur la réquisition de la Commission, être l'objet d'un mandat d'amener délivré par le Procureur de la République.

Le refus de prestation de serment sera puni de la peine prévue au deuxième paragraphe du présent article.

Le coupable de faux témoignage sera puni des peines prévues par l'article 363 du Code pénal.

Le coupable de subornation de témoin sera passible des mêmes peines que le faux témoin.

Les procès-verbaux constatant les infractions prévues aux paragraphes précédents seront transmis au Garde des Sceaux, pour y être donné telle suite que de droit. L'article 463 du Code pénal sera applicable.

Les présentes dispositions ne s'appliqueront aux enquêtes parlementaires qu'en vertu d'une décision spéciale de l'Assemblée qui les aura ordonnées. »

Cette Loi de 1914 donne donc satisfaction aux demandes formulées au cours des précédentes enquêtes au sujet du Statut des témoins devant les Commissions. La disposition finale prévoit même, que les Commissions d'enquête futures pourront en user, si elles le décident. Mais cette loi ne vise que le témoignage et le serment; elle n'englobe donc pas toute la question, et ne prévoit pas les autres pouvoirs que l'on peut accorder ou refuser à la Commission, et laisse la porte ouverte à d'autres difficultés. Nous n'allons, ici, nous occuper que des pouvoirs que cette loi accorde aux Commissions d'enquête, et qui constituent, comme nous tâcherons de le démontrer plus loin, une violation du principe de la séparation des pouvoirs, violation d'autant plus grave qu'elle est consacrée par un texte légal. Lors des précédentes enquêtes, les tribunaux avaient pu discuter les pouvoirs accordés aux Commissions depuis 1914 ils sont obligés de s'incliner devant la loi.

La loi du 23 mars ne donne tout de même que des pouvoirs restreints aux Commissions d'enquête. Ces pouvoirs ne correspondent, ni à ceux du juge d'instruction, en matière pénale, ni à ceux du juge commissaire en matière civile. Ils sont moins larges que ceux du juge d'instruction, car les Commissions n'ont pas le droit de perquisition et de saisie. (Certaines Commissions usaient de ce crédit avant 1914, cette loi ne voulut pas consacrer ces précédents.) Les commissaires peuvent seulement faire comparaître les témoins, leur déférer le serment et requérir le Procureur de la République de décerner des mandats d'amener contre eux s'ils sont récalcitrants : ce sont les tribunaux qui condamnent, comme nous l'avons déjà dit; ce sont le faux témoignage et le serment qui sont visés par cette Loi.

A propos du faux témoignage, M. Millard (séance du Sénat du 20 mars 1914) fait remarquer que le Code pénal ne prévoit pas le faux témoignage devant le juge d'instruction et par conséquent ne prévoit pas non plus de peines précises.

M. Trouillot répond que, devant le juge d'instruction, le témoignage est provisoire et, qu'au contraire, devant la Commission, il sert de base à ses conclusions, d'où le souci de la loi de 1914 d'obtenir des renseignements vrais.

CHAPITRE III

Y a-t-il atteinte à la Séparation des pouvoirs.

Hauriou n'admet pas qu'il y ait dérogation, ici, au principe de la séparation des pouvoirs car, dit-il : « La Chambre ne recherche point la punition répressive des coupables, mais seulement la responsabilité pénale du Gouvernement. » Esmein compare notre système avec ceux qui jouent en Belgique et aux Pays-Bas et il conclut qu'en France il n'y a pas exception à la séparation. Duguît, au contraire, et avec lui une grande partie de la doctrine, admet qu'il y a exception et violation du principe.

Quels sont les principaux arguments de ceux qui soutiennent qu'il n'y a pas exception au principe de la séparation des pouvoirs ? Nous avons vu que M. Esmein et, d'autres auteurs avec lui, invoquent l'exemple des Pays-Bas et de la Belgique, où les commissions ont des pouvoirs très étendus, pour dire que chez nous, la loi de 1914 ne porte pas atteinte à la séparation, ceci n'a que peu de valeur. On soutient aussi que la condamnation pénale étant prononcée par les tribunaux ordinaires, et non par la Commission elle-même, le principe n'est pas violé. Cette solution, atténuée, évidemment, la violation, et le fait de donner au Tribunal correctionnel le droit de punir offre des garanties, mais il n'en est pas moins vrai que c'est le refus de prêter serment ou de déposer devant une Commission, qui usurpe en cela les prérogatives de la justice qui sera cause de cette condamnation. On invoque aussi le fait

que la Commission n'a reçu que les pouvoirs les moins importants reconnus aux juges d'instruction en matière pénale, cela ne lui empêche pas d'avoir des pouvoirs judiciaires.

Sans doute, dirons-nous, depuis 1914, nous avons une mesure légale; mais elle est contraire à la séparation des pouvoirs, qui veut que les pouvoirs distincts aient des titulaires distincts et indépendants les uns des autres. Jusqu'en 1914, la législation, sur les témoignages ne trouvait à s'appliquer que devant les tribunaux judiciaires; désormais, une délégation du législatif, constituée en Commission d'enquête, bénéficie de cette même législation; le témoin est même traité d'une façon plus sévère dans ce dernier cas puisque, devant le juge d'instruction, il ne peut encourir les peines du faux témoignage.

Les exceptions à la séparation des pouvoirs sont, ici, de deux sortes :

1° L'enquête peut, au même titre que l'interpellation, être considérée comme un moyen de contrôle de l'exécutif par le législatif. A l'occasion de l'exercice de ce droit de contrôle, les Commissions d'enquête peuvent dépasser le rôle qui leur est assigné et vouloir régenter le Gouvernement, modifier son orientation, s'immiscer dans le pouvoir exécutif sinon s'y substituer. Les Commissions portent souvent de véritables jugements sur l'administration, blâment les fonctionnaires et les magistrats (Voir affaire Rochette). Mais ici, sauf quand il y a abus, nous constatons que ce contrôle constitue plutôt une limitation à la séparation des pouvoirs qu'une véritable exception.

2° L'empiètement sur le pouvoir judiciaire est de beaucoup plus important et plus redoutable : La loi de 1914 permet à une Commission d'enquête, c'est-à-dire au pouvoir législatif, de faire comparaître et d'obliger à déposer

et à prêter serment, les témoins qu'elle juge à propos d'entendre. Ceci est une atteinte très nette aux libertés des citoyens. Le pouvoir législatif reçoit des droits qui, jusqu'ici, n'avaient été confiés qu'à la justice dans l'intérêt de la Société, car on comptait sur l'impartialité des juges. Il y a donc, ici, violation certaine du principe de la séparation des pouvoirs, au profit du pouvoir législatif; or, nous avons déjà vu que ce pouvoir était peu apte à recevoir des pouvoirs judiciaires, car il est partial et dominé par la lutte des partis, et qu'il se laisse facilement impressionner par les rancunes et les passions politiques. La prudence et la sagesse conseilleraient de faire juger les litiges qui peuvent surgir à propos de l'application d'une loi par une autorité qui ne la confectionne pas. A propos de la vérification des pouvoirs, nous avons déjà vu les dangers que ceci pouvait présenter : quand le Parlement se substitue au judiciaire, le contrôle hiérarchique, l'inamovibilité, les voies de recours, les droits de la défense, tout cela disparaît ou est fortement atteint. Le danger va être très grand quand il y aura conflit avec l'autorité judiciaire, les abus de pouvoir de la part du législatif sont à craindre, et se sont souvent produits. Très fâcheux quand les deux enquêtes sont menées parallèlement : la justice cherche seulement si les faits qu'on lui soumet tombent sous l'application de la loi pénale, l'enquête politique n'a, comme son nom l'indique, que des préoccupations politiques; chacune essaye de donner, à ses investigations, une orientation différente. En donnant la possibilité aux Commissions d'enquête de se faire communiquer le dossier constitué par le juge d'instruction, qui a des pouvoirs d'investigations plus étendus que la Commission, n'est-ce pas lui donner, indirectement, ces pouvoirs ? Ceci est beaucoup plus grave, en cours d'enquête qu'après la fin de l'enquête judiciaire.

Les pouvoirs donnés aux Commissions d'enquête, s'ils ne sont pas très étendus, n'en sont pas moins dangereux et

constituent, à n'en pas douter, une exception à la séparation des pouvoirs. Pour certains auteurs même, et parmi eux Duguit, qui admettent que le principe de la séparation des pouvoirs a une valeur constitutionnelle, la Loi du 23 mars 1914 est inconstitutionnelle. Nous n'irons pas si loin, nous nous contenterons de dire qu'elle viole le principe de la séparation des pouvoirs.

Conclusion.

Avant de porter un jugement définitif, voyons rapidement comment ceci joue dans les pays étrangers.

Allemagne (Constitution du 31 juillet 1919, article 34). — On prévoit pour le Reichstag le droit de nommer des Commissions; il y est même obligé quand le tiers de ses membres le demande. Doivent se faire communiquer les actes des autorités administratives et judiciaires, qui doivent tout faire pour leur faciliter le travail. Elles doivent suivre, autant que possible, les prescriptions du Code de procédure pénale.

Angleterre. — Depuis 1689, on a toujours reconnu aux Chambres le droit de nommer des Commissions d'enquête. La Chambre des Communes use d'ailleurs, fréquemment, de ce droit. Très peu de lois en la matière, sauf celles de 1858, 1871 et 1892 sur le serment et les témoins. Par suite de statuts qui remontent à Georges III, elles ont des pouvoirs très étendus, fixés chaque fois que l'on nomme une Commission et celles des Communes ont plus de pouvoirs que celles des Lords. Elles peuvent saisir des documents chez les particuliers et faire emprisonner les témoins récalcitrants.

Belgique (Article 40 de la Constitution révisée 1919-1921 et article 4 à 11 de la Loi du 3 mai 1880). — Elles ont les

pouvoirs attribués par le Code d'instruction criminelle aux juges d'instruction, mais la Chambre peut, tout de même, les réduire. Elle peut déléguer ses pouvoirs à un Conseiller de Cour d'appel ou à un juge du Tribunal civil. Elles jouent un rôle très important.

Pays-Bas. — En 1848 on donne ce droit à une Assemblée seulement; on l'étend aux deux en 1887. Pouvoirs étendus et dont certains ont inspiré, sur quelques points, la loi de 1914.

U. S. A. — Beaucoup moins de pouvoirs qu'en Angleterre. Le contrôle est exercé, le plus souvent, par des Commissions ordinaires; elles ont le droit d'assigner des fonctionnaires devant elles, d'entendre des témoins. Cependant leurs pouvoirs sont, en général, limités.

Existe aussi en Hongrie, au Japon, au Luxembourg et en Roumanie.

Ce droit d'enquête a surtout été utilisé, en France, par la Chambre des députés., rarement par le Sénat; en effet, la nomination d'une Commission d'enquête précède, quelque fois, la mise en jeu de la responsabilité politique d'un ministre, elle précède toujours la mise en jeu de sa responsabilité pénale. Ces enquêtes sont surtout d'ordre électoral ou d'ordre politique; nous nous occuperons principalement ici des enquêtes d'ordre politique.

Ces enquêtes, d'ordre politique, apparaissent, au cours de notre histoire, chaque fois qu'éclate un grand scandale : elles ont pour but de donner satisfaction à l'opinion publique, mais c'est, en définitive, la conduite du Gouvernement que l'on s'efforce de juger et d'apprécier. Ces Commissions ont souvent fourni beaucoup de travail pour rien, leurs conclusions ne venant jamais en discussion devant les Chambres. Au début, emballement qui ne tarde pas à faire place à l'indifférence la plus complète. Elles sont

nommées à propos d'événements politiques graves : lutttes acharnées de partis, débats ou discussions de problèmes électoraux, elles mettent souvent en question le fond même du régime politique : scandales auxquels certains membres du Parlement paraissent mêlés, affaires de corruption, de forfaiture, dans lesquelles la responsabilité du Gouvernement ou d'anciens ministres est recherchée, tel est le cadre habituel dans lequel s'est déroulé l'histoire des enquêtes parlementaires d'ordre politique. On leur reproche, souvent, d'étaler toute cette boue (Maurice Barrès intitule un article contenant ses impressions sur l'affaire Rochette « Dans le cloaque ») sur laquelle il vaudrait mieux jeter un voile. On leur reproche d'éveiller des curiosités malsaines; on dit aussi que toute cette publicité affaiblit le Gouvernement et discrédite les pouvoirs publics. Le reproche que l'on peut aussi leur faire est de ne s'être pas couvertes de gloire, surtout dans les années qui ont suivi la guerre, et de nos jours encore (Oustric, Stavisky, etc.). Et, cependant, nous sommes obligés d'avouer qu'il vaut mieux un contrôle imparfait que pas de contrôle du tout, et ceci nous amène à signaler les avantages que présentent ces Commissions. Ils sont de deux sortes : elles permettent au Parlement un contrôle minutieux du Gouvernement dans des conditions particulièrement pratiques et le mettent à même d'apporter des remèdes appropriés aux erreurs constatées, elles sont, par ailleurs, un stimulant pour l'exécutif qui, se sentant menacé d'un contrôle dangereux pour lui, s'attache à ne pas l'encourir, et sera plus enclin à faire son devoir. Donc, ce qu'il faudrait avant tout éviter c'est le scandale. Quant au contrôle, pour si imparfait qu'il soit, il vaut mieux le laisser subsister.

Il y a évidemment un certain danger à donner des pouvoirs judiciaires à une délégation du Parlement, à laquelle rien ne fait contrepoids et qui ne manquera pas, consciente de sa force et de son impunité, d'empiéter sur les autres

pouvoirs; il est donc souhaitable que les Commissions d'enquête restent dans une sage limite, et ne dépassent pas trop les pouvoirs que la loi leur accorde. Si le Parlement devenait moins impulsif, montrait plus d'esprit de suite, si les soucis purement politiques ne l'emportaient pas sur le désir de travailler utilement, l'enquête politique pourrait être la source féconde de réformes, en même temps qu'un moyen pratique de contrôle sur le Gouvernement.

TITRE II

EXCEPTIONS

PROVENANT DU POUVOIR EXÉCUTIF

Après avoir constaté que le pouvoir législatif empiétait sur le pouvoir judiciaire, nous allons voir qu'il en est de même, dans une certaine mesure du moins, du pouvoir exécutif. Cette confusion n'est pas ici la seule : l'exécutif va, dans certains cas, se voir attribuer de larges pouvoirs législatifs, ce qui constitue une autre exception à la séparation des pouvoirs.

Nous diviserons ainsi notre étude :

Section I. — *Empiètements de l'exécutif sur le judiciaire.*

CHAPITRE I. — L'élévation du conflit.

CHAPITRE II. — L'article 10 du Code d'Instruction criminelle.

Section II. — *Empiètements de l'exécutif sur le législatif.*

CHAPITRE I. — Du pouvoir réglementaire et de son extension.

CHAPITRE II. — Le régime douanier.

CHAPITRE III. — Législation coloniale.

CHAPITRE IV. — Les pleins pouvoirs en temps de guerre.

CHAPITRE V. — Les Décrets-Lois.

SECTION I

EMPIÈTEMENTS DE L'EXÉCUTIF SUR LE JUDICIAIRE

CHAPITRE PREMIER

L'élévation du conflit.

La justice est, avons-nous dit, divisée en deux branches principales : la justice judiciaire et la justice administrative. Entre ces deux branches vont, quelquefois s'élever des conflits au sujet d'une même affaire, soit que toutes deux se déclarent incompétentes, et il y a conflit négatif, soit qu'elles revendiquent, toutes deux, la même affaire, et il y a conflit positif ou d'attribution. Le conflit négatif n'a guère été organisé car seuls des particuliers sont intéressés. Quand il y a conflit positif, au contraire, les intérêts de l'administration sont en jeu, le législateur va donc l'organiser. A cet effet, il a organisé le Tribunal des conflits, qui sert d'arbitre entre les deux juridictions, mais jusqu'ici il n'y a rien de contraire à la séparation des pouvoirs. Le point qui nous intéresse, c'est l'acte par lequel l'administration va dessaisir le Tribunal judiciaire, pour saisir le Tribunal des conflits, c'est-à-dire l'élévation du conflit que nous pouvons ainsi définir : « Le conflit est élevé par un acte de l'administrateur compétent, lequel revendique, devant les tribunaux, et au nom

de la juridiction administrative, la connaissance d'une question qu'il soutient appartenir, en vertu d'une disposition expresse de la loi, à la compétence administrative. »

Historique.

Sous l'ancien régime, on abuse de ce droit : le conflit pouvait être élevé par n'importe qui, à n'importe quel moment et devant n'importe quel Tribunal. De 1789 à l'An VIII, le conflit pouvait aussi être élevé dans tous les cas et par tous les administrateurs devant n'importe quel Tribunal. L'arrêté de Nivose an VIII ne contenait rien à ce sujet. La matière est réglée par un arrêté du 13 Brumaire an X. Le droit d'élever le conflit est donné au préfet, mais les ministres et même de simples particuliers furent admis pendant un certain temps, à en déférer au Conseil d'Etat, juge du conflit à cette époque. Les Conseils de préfecture de même conservent ce Droit, concurremment avec les Préfets. Au début, l'élévation semble devoir être accordée aussi à l'autorité judiciaire (Voir Conseil d'Etat, 11 août 1808 et 29 juin 1811), mais cette jurisprudence change brusquement le 22 décembre 1811, et le revirement se confirme le 3 juillet 1822. Cette absence de réciprocité n'avait, en réalité, pas grand intérêt, à cette époque où le juge du conflit et celui des excès de pouvoir se confondaient, le Tribunal judiciaire avait toujours un recours pour excès de pouvoir. L'intérêt n'apparaît que du jour où le jugement du conflit et celui de l'excès de pouvoir sont confiés à deux autorités différentes.

L'arrêté de Brumaire ne règle pas les cas où le Préfet doit élever le conflit ; il appelle tout simplement la vigilance du Préfet à veiller au respect de la compétence administrative ; il ne fait rien pour empêcher que cette vigilance ne

se tourne en une véritable dépossession du pouvoir judiciaire. Au début, on peut élever, devant n'importe quelle juridiction, et à n'importe quel moment; mais deux décrets, le 15 janvier 1813 et le 6 janvier 1814, disent que l'on ne peut plus élever quand il y a autorité de chose jugée. Le conflit pouvait être élevé en dehors de tout déclinatoire de compétence; les tribunaux étaient dessaisis brusquement avant même d'avoir été mis en demeure de statuer sur leur compétence. A cette époque, l'élévation du conflit était une arme puissante entre les mains de l'exécutif.

Ordonnance du 1^{er} juin 1828. — Sous le ministère de M. de Martignac on constitue une Commission chargée d'étudier une réforme possible; ses travaux aboutissent à l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 qui régit cette matière de nos jours encore. Elle maintient au préfet, à l'exclusion de toute autre autorité, le droit d'élever le conflit, le refusant à l'autorité judiciaire, mais elle assujettit l'exercice de ce droit à l'observation de certaines règles et de certains délais.

L'article 8 est très net; seul le Préfet peut élever le conflit; ce droit n'appartient plus, ni aux Conseils de préfecture ni, en principe, aux Ministres. Cependant, Boulatignier fait remarquer que si le ministre invite le Préfet à le faire « cette invitation est naturellement considérée comme un ordre contre lequel le droit d'observation existe, mais auquel, en définitive, on est tenu d'obtempérer. » Le Préfet s'inclinera devant l'ordre de son supérieur hiérarchique. A l'heure actuelle même, le conflit est élevé sur l'ordre du Ministère : on s'est aperçu que, le plus souvent, à la préfecture ne se trouvait pas de juriste capable de discerner si, oui ou non, il y avait conflit. En 1921, circulaire disant que le Préfet doit communiquer le dossier au Ministère où il y a des juristes compétents.

Avant l'ordonnance de 1828, on n'accordait pas ce droit au Préfet de police, une ordonnance du 29 mars 1822 le lui avait refusé. De nos jours, il le peut, car le département de la Seine a été divisé en deux sections, chaque préfet a des attributions respectives et peut élever le conflit sur les affaires susceptibles de lui être attribuées. Les préfets maritimes, de même, ont ce droit; ils le partagent avec le préfet ordinaire. Un simple particulier ne peut élever le conflit et ne peut obliger le Préfet à le faire. Le Préfet agit donc, ici, avec un pouvoir discrétionnaire; on n'a aucun recours contre lui.

L'élévation du conflit. — D'après un arrêté de 1839, le Préfet ne peut élever le conflit que dans les affaires portées devant les tribunaux du Département où il remplit ses fonctions; cependant il suit l'affaire en appel, et après pourvoi en cassation. Mais il faut nous demander devant quels tribunaux on peut élever le conflit? On le peut devant le Tribunal civil et devant la Cour d'appel; devant le Tribunal correctionnel, dans deux cas seulement (article 2 de l'Ordonnance) quand la répression du délit est attribuée par une disposition législative, à l'autorité administrative; lorsque le jugement rendu par le Tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendra à l'autorité administrative, en vertu d'une disposition législative. Devant la Cour d'assises on ne peut élever car l'administration ne connaît pas des crimes (en cette matière, abus sous le Directoire) devant la Cour de Cassation non plus, car elle ne juge que le Droit. On ne peut élever, non plus, devant le juge de paix et devant les Tribunaux de commerce, car il n'y a pas de Ministère public, or cet organe joue un rôle important dans la procédure de l'élévation.

Le conflit peut être élevé tant que dure la procédure judiciaire (les jugements préparatoires ou interlocutoires

ne sont pas un obstacle); il faut que le litige ne soit pas terminé, car on respecte, maintenant, l'autorité de la chose jugée. La procédure de l'élévation s'accomplit en deux temps :

a) *Déclinatoire de compétence.* — Le Préfet, qui a la connaissance d'une affaire portée devant l'une des autorités judiciaires de son département et qui est attribuée, par la loi, à la juridiction administrative peut, alors même que l'administration n'est pas en cause, demander au Tribunal le renvoi devant l'autorité compétente; il le fait au moyen du déclinatoire de compétence. Il adresse, à cet effet, au Procureur de la République, un mémoire dans lequel sera rapporté la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du litige. Le Procureur joint ses conclusions, mais il n'est pas obligé de conclure comme le Préfet. Ceci est un simple avertissement donné à l'autorité judiciaire, le déclinatoire de compétence ménage la susceptibilité de la justice en ne la déssaisissant pas brutalement. Cette mesure est obligatoire; le Préfet ne peut agir autrement.

b) *L'arrêté du conflit.* — Trois cas se présentent : Si le Tribunal admet le déclinatoire, on saisit le Tribunal des conflits. Le Tribunal peut rejeter le déclinatoire et se déclarer compétent, dans ce cas, le Préfet est souverain appréciateur de l'opportunité d'élever le conflit. Le Tribunal a admis le déclinatoire, mais les parties ont fait appel; le Préfet a un double droit : il peut, devant la Cour, renouveler la procédure de 1^{re} instance, ou élever le conflit sans déclinatoire de compétence.

Le Préfet élève le conflit au moyen de l'arrêté qui suspend toute procédure. Tout acte postérieur à l'arrêté serait déclaré nul; c'est un ordre absolu que donne le Préfet. La loi a prévu des pénalités si les juges passaient outre : en vertu de l'article 127 du Code pénal, les magis-

trats qui auraient ainsi agi seraient coupables de forfaiture et passibles de dégradation civique. De plus, en vertu de l'article 128 du Code pénal, du fait seul d'apprécier l'arrêté de conflit ils seront punis d'une amende de 16 francs au moins et de 150 francs au plus, les officiers du Ministère public ayant pris part à cette violation de la loi sont passibles des mêmes peines. Même si le Tribunal se trouve en face d'un arrêté de conflit nul, il doit tout de même surseoir à toute procédure. La justice judiciaire est suspendue de ses fonctions pendant trois mois, délai accordé au Tribunal des conflits pour statuer; ce délai expiré, elle reprend l'affaire en main, au point où elle l'a laissée. Si l'arrêté est annulé au fond, il ne peut être repris; s'il l'est pour vice de forme, on pourra le reprendre.

Appréciations. — Le 6 février 1826 on avait dit : « Les conflits ne forment pas un contentieux entre particuliers, mais entre deux autorités publiques; il ne s'agit ni d'intérêts privés, ni de l'application des lois civiles, mais du maintien de l'ordre public et de l'exécution des lois constitutionnelles; les décisions rendues sur le conflit sont des actes de haute Administration » et A. Poisson nous dit, dans son ouvrage (« Les conflits d'attribution », Paris, 1880) : « Tout se passe comme si l'autorité administrative venait dire à l'autorité judiciaire : « Au nom de la loi, au nom de la Constitution, je vous requiers de surseoir à toute procédure sur telle affaire, un juge supérieur prononcera entre nous. »

L'élévation du conflit paraît donc fortement marquée du caractère gouvernemental; l'article 6 de l'ordonnance, § 1^{er}, va même jusqu'à dire : « Le Préfet peut agir alors même que l'administration ne serait pas en cause », mais ceci est une simple faculté dont on ne s'est jamais servi; le préfet administrateur actif, s'occupe, surtout, à défendre l'administration. Comme nous avons pu le constater dans ce qui précède, le Préfet joue un rôle de premier plan dans

l'élévation du conflit. Cette élévation est un acte unilatéral; le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, y procéder. A ce propos, Arthur (R. D. P., 1902, p. 261) nous dit : « La compétence des tribunaux se défend elle-même, ils n'ont que faire du conflit », mais ce faisant, il ne démontre rien. Moreau (Traité de Droit administratif) prétend qu'il est impossible de donner aux Tribunaux judiciaires le droit d'élever le conflit en raison de leur passivité coutumière. Nous dirons simplement que la seule raison du caractère unilatéral du conflit, il faut la chercher dans le but essentiellement politique que présente, à l'origine, cette institution.

L'élévation du conflit est donc un acte de haute administration, par conséquent arbitraire. Sans doute, depuis l'ordonnance de 1828, cette procédure est organisée et strictement limitée; elle n'en est pas moins anormale. Le Préfet élevant le conflit, agit en tant qu'organe de l'Administration, c'est-à-dire de l'exécutif et il y a ici quelque chose de tout à fait choquant. Comment pouvons-nous admettre cette intrusion du pouvoir exécutif dans les travaux judiciaires ? Un procès est en cours devant un tribunal judiciaire, le Préfet envoie un déclinatoire de compétence, simple avertissement; le Tribunal conclut à sa compétence; le Préfet envoie, alors, l'arrêté de conflit qui est un ordre de suspendre toute procédure ! L'acte d'un administrateur suffit, ici, pour arrêter la marche de la justice. Est-ce là le respect du principe de la séparation des pouvoirs ? Nous avons reconnu au pouvoir exécutif un droit de contrôle sur le pouvoir judiciaire, mais nous ne lui reconnaissons pas celui de lui donner des ordres qu'il doit exécuter sans discussion.

Le remède : Nous ne croyons pas le trouver dans le système qui consisterait à accorder le droit d'élever le conflit aux Tribunaux judiciaires tout comme à l'administration;

celà compliquerait les choses, et puis nous ne voyons pas très bien à qui, dans la hiérarchie judiciaire, nous pourrions confier le droit d'élever le conflit ! La seule solution possible, à notre avis, semble résider dans la fusion des deux branches de la justice, ce qui supprimerait, à la fois, le conflit et l'élévation. Ceci n'a rien d'impossible et l'exemple des pays qui n'admettent qu'une justice nous prouve, aisément, que cette justice respecte aussi bien les droits de l'Administration que ceux des particuliers.

CHAPITRE II

1

L'Article 10 du Code d'instruction criminelle.

A la tête du département, le Préfet est, avant tout, un représentant du Gouvernement et, à ce titre, il fait exécuter les ordres du pouvoir central. A côté de ces fonctions, purement administratives, nous allons voir que la loi lui accorde, dans certains cas, des pouvoirs spéciaux. L'article 10, ancien, du Code d'instruction criminelle (C. I. C.) lui accordait des pouvoirs très étendus : il pouvait procéder à tous les actes que le Procureur de la République ou le Juge d'instruction ont qualité pour accomplir, sauf ceux qui saisissent les juridictions répressives. Ceci constituait une grave atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, et après un certain nombre d'abus, on supprime l'article 10 en 1933. Deux ans plus tard, on était obligé de le rétablir. Le nouvel article 10, C. I. C., délimite mieux les pouvoirs du Préfet, et l'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs est bien moins grave, mais elle n'en existe pas moins du fait qu'un fonctionnaire administratif accomplit des actes habituellement réservés à des magistrats de l'ordre judiciaire.

§ 1^{er}. EVOLUTION JUSQU'À LA LOI DU 25 MARS 1935.

Sous l'ancien régime, les Intendants de province et le Lieutenant de police à Paris, avaient des pouvoirs sensiblement analogues à ceux conférés par l'ancien article 10, aux Préfets. La Révolution supprime les Intendants et la Constituante vote le 26 août 1789 la Déclaration des Droits

qui doit protéger les libertés individuelles. Un Décret des 8, 9 octobre 1789 organise, provisoirement, l'instruction criminelle; mais déjà les articles 145 et 222 de la Constitution du 5 fructidor an III donnaient au Gouvernement le droit de décerner des mandats d'arrêt contre ceux qui tramaient des entreprises contre le Gouvernement. Sous le Consulat, le droit d'arrestation est confié à l'exécutif. L'article 46 de la Constitution de l'An VIII autorise la détention administrative sans limitation de durée. L'Empereur crée les Préfets et les articles 38 et 39 de la Loi du 28 Pluviose An VIII, donnent au Préfet de police le droit de faire saisir les personnes prévenues de délits du ressort des Tribunaux correctionnels; ils lui confient aussi le droit de faire arrêter les individus pris en flagrant délit du ressort de la justice criminelle, à charge de les faire remettre aux officiers chargés de l'administration de cette justice. Le Décret du 12 Messidor an VIII étend ce droit à tous les préfets qui, ainsi, sauf les attributions de juge criminel, obtiennent ou usurpent, peu à peu, des pouvoirs aussi étendus, aussi arbitraires que leurs prédécesseurs de l'ancien régime. A la séance du Conseil d'Etat du 18 décembre 1804 au moment où l'on discutait sur la police judiciaire, Napoléon rappela que l'on était obligé d'employer les Préfets pour réprimer les délits contre lesquels le Procureur général ne pouvait rien. Dans la séance du 3 novembre 1808, M. Threilhard fit un excellent exposé des motifs, et le projet devint l'article 10 du C. I. C. de 1808 qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1811. Sous l'Empire on usa très souvent de ce procédé, car les Préfets étaient tout puissants à cette époque. Sous la Restauration, les Préfets avaient trop de préoccupations politiques pour avoir à s'occuper de la répression qu'ils laissaient à la magistrature; ils usent, néanmoins, quelquefois de l'article 10 et ordonnent des détentions illégales. Sous la Monarchie de Juillet en 1848, on s'en sert souvent. Sous le second Empire

(ex-procès Coëtlogon), sous la troisième République il était toujours en vigueur.

1° *L'ancien article 10 du C. I. C.* — « Les Préfets des départements et le Préfet de police à Paris, pourront faire personnellement ou requérir les officiers de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne, de faire tous actes nécessaires, à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir conformément à l'article 8 ci-dessous. » Cet article conférait aux Préfets deux pouvoirs : 1° Celui de requérir les officiers de police judiciaire et de faire les actes de leur fonction. Ce Droit était tout à fait naturel, le Préfet étant, dans le département, le représentant du pouvoir central, et à ce titre chargé de maintenir l'ordre public. 2° Le Préfet pouvait aussi accomplir personnellement les actes de la compétence des officiers de police judiciaire. Ceci était beaucoup plus grave, car le Préfet pouvait exercer tous les pouvoirs du Procureur de la République et du Juge d'instruction agissant en leur qualité d'officiers de police judiciaire. Les termes de l'article 10 ancien étaient très larges et les pouvoirs du Préfet n'étaient pas limités, en ce qui touche la nature des actes à faire. Le Préfet exerçait ainsi les pouvoirs les plus étendus que la loi criminelle réservait d'ordinaire aux magistrats. Le droit pour le Préfet, de procéder lui-même à des actes d'instruction, s'étendait aux infractions de droit commun. Il avait paru qu'une exception aussi redoutable aux principes de notre Droit et aux principes de la séparation des pouvoirs, qui met, aux mains d'un agent supérieur de l'ordre administratif, relevant uniquement du Ministre de l'intérieur, les droits les plus étendus du pouvoir judiciaire, devaient être limités aux cas de flagrant délit, dans des circonstances où la nécessité d'une action rapide, de mesures urgentes pouvait justifier, en quelque sorte, l'usage de ces dispositions particulières. Ceci soutenu par Faustin-

Hélie (Traité de l'Instruction criminelle, t. III, N^{os} 207 et suiv.) et consacré par la Chambre criminelle de la Cour de cassation : affaire Coëtlogon (arrêt du 23 juillet 1853, D. P. 53-1-223). Le 21 novembre 1855 dans un arrêt, toutes chambres réunies, la Cour suprême juge que l'on peut le faire dans tous les cas (Bulletin criminel, N^o 551). Depuis, ce droit s'était maintenu. Ce système ne portait pas seulement atteinte à la séparation des pouvoirs, il portait atteinte aussi aux garanties habituellement accordées à la liberté individuelle et il donna lieu à de nombreux abus. A Paris, il fut souvent employé à des fins politiques sous le I^{er} et II^e Empires : des individus réputés suspects sont arrêtés puis relâchés sans avoir comparu devant un juge ; des perquisitions sont ordonnées sur de simples soupçons. En 1899, nouveaux abus (voir article de Picot dans la « Revue des Deux-Mondes, 1905, p. 250). En province, les Préfets agissaient, ordinairement sur l'ordre du Gouvernement, pour substituer arbitrairement leur pouvoir à celui de la justice. A partir du 20^e siècle cependant, sous la pression des idées libérales et démocratiques, l'usage de l'article 10, en province était exceptionnel.

Depuis une cinquantaine d'années, on demandait une réforme (voir à ce sujet le rapport de M. Busson-Bilbault, Sénat, 1921, annexe N^o 256, qui dit : « Accorder à des agents directs du pouvoir exécutif le droit de prescrire certaines mesures telles qu'arrestation, détention... si graves pour la liberté individuelle, c'est laisser le champ libre à l'arbitraire) on avait proposé plusieurs projets : suppression pure et simple de l'article 10 car, dit-on, le droit de porter atteinte à la liberté, a quelque chose d'effrayant, même quand il est exercé par les magistrats, que dire quand il est exercé par un Préfet, qui est un personnage politique, au premier chef dans les mains du Gouvernement. On a aussi demandé la suppression de l'article 10 pour la province et son maintien à Paris qui a une situation toute parti-

culière. Certains consentaient enfin à ce que l'on maintienne l'article 10, mais avec une réglementation plus stricte. De tous ces projets sortit la loi du 7 février 1933.

2° *Loi du 7 Février 1933.* — Cette Loi nous dit, dans son article premier, alinéa premier : « L'article 10 du Code d'instruction criminelle est abrogé. » On supprimait ainsi, radicalement, le pouvoir judiciaire du Préfet. L'autorité judiciaire était désormais seule investie du pouvoir d'ordonner la détention préventive, et la loi de 1933 établit une réglementation toute nouvelle quant à cette détention, ordonnée par le juge d'instruction après premier interrogatoire. Si les pouvoirs du juge d'instruction furent fortifiés par la suppression de l'article 10, ceux du Préfet de police furent au contraire dangereusement amoindris. Les graves événements de janvier et de février 1934 allaient apporter au Gouvernement la preuve manifeste de la nécessité qu'il y avait d'accorder des pouvoirs de police judiciaire et d'instruction préparatoire aux Préfets, en général, et au Préfet de police en particulier. Si, dès le début des troubles, provoqués par des groupements extrémistes, exploitant la nervosité du public, on avait pu user des pouvoirs que conférait l'article 10 aux Préfets, et qui avaient donné d'excellents résultats avec l'ancien Préfet de police, M. Chiappe, c'est-à-dire si on avait pu procéder à des arrestations préventives, l'importance des événements aurait été, dans une large part, atténuée. On fut obligé, au cours de la tragique nuit du 6 au 7 février, de procéder, sous les ordres donnés par M. Frot, Ministre de l'Intérieur, à M. Bonnefoy-Sibour, Préfet de police, à des arrestations préventives, qui étaient illégales et arbitraires, mais qui aidèrent à rétablir le calme. M. Frot, dans ses déclarations à la Commission d'enquête du 6 Février, n'hésite pas à reconnaître qu'il avait passé « à côté de la légalité pour éviter des choses beaucoup plus graves ». Ceci appelait donc une nouvelle réforme.

§ 2. LA LOI DU 25 MARS 1935
ET LE NOUVEL ARTICLE 10 DU C. I. C.

Le Sénat, dans sa séance du 21 décembre 1934 (*J. O.*, 22 décembre 1934, Débats, p. 1.480 et suiv.) et la Chambre, le 7 mars 1935 (*J. O.*, 8 mars 1935, Débats, p. 875) votent un projet qui devait devenir la loi du 25 mars 1935, dont l'article 6 rétablissait, en le modifiant, l'article 10 du C. I. C. « Les Préfets des départements et le Préfet de police à Paris pourront, s'il y a urgence, faire personnellement ou requérir les officiers de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne, de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes et les délits contre la Sûreté intérieure et extérieure de l'Etat et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les poursuivre conformément à l'article 8 de ce Code.

Tout Préfet qui aura fait usage des droits à lui conférés par le paragraphe précédent, sera tenu d'en aviser le Procureur de la République, et de transmettre la pièce dans les vingt-quatre heures à ce magistrat qui se saisira de l'affaire.

Tout officier de police judiciaire ayant reçu une réquisition du Préfet, agissant en vertu des dispositions ci-dessus, tout fonctionnaire à qui notification de saisie aura été faite, en vertu des mêmes dispositions, seront tenus d'en donner avis, sans délai, au Procureur de la République. »

L'article 10 nouveau modifie donc sensiblement l'ancien. Les pouvoirs des Préfets ne s'exercent plus que sous deux conditions : s'il y a urgence et s'il s'agit d'un crime ou d'un délit contre la Sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat; par ailleurs le dossier doit être transmis, dans les vingt-quatre heures, au Procureur de la République; on a

donc réduit les possibilités d'arbitraire sur ces points, mais à part cela, il y a peu de changements. Le pouvoir judiciaire du Préfet a toujours un caractère personnel, l'article 10 est formel sur ce point, le pouvoir est attaché à la fonction; il est aussi subsidiaire, ce qui veut dire qu'il ne peut l'exercer en même temps que le juge d'instruction.

Le champ d'application des pouvoirs des Préfets nous apparaît divisé en deux domaines : la police judiciaire et l'instruction préparatoire. En effet, depuis quelque temps déjà, était assorti, au droit de procéder à des actes de recherche ou à des actes de constatation, un pouvoir d'instruction préparatoire.

1° *Les pouvoirs de police judiciaire du Préfet.* — Grâce à ces pouvoirs, le Préfet a la possibilité de rechercher et de constater les crimes et les délits contre la Sûreté intérieure et extérieure de l'Etat. L'article 9 du C. I. C., qui énumère les divers officiers de police judiciaire, ne mentionne cependant pas le Préfet. Dans un certain sens, ceci est tout à leur avantage, et avait été voulu par Napoléon . En effet, grâce à cette mesure, dans l'exercice de ces fonctions judiciaires, ils ne sont soumis, ni à l'autorité des Cours d'appel, ni à la surveillance du Procureur général. En revanche, ils n'ont aucun droit de surveillance sur les officiers de police judiciaire, même sur ceux qui, à un autre titre, sont soumis à leur autorité (Maires, Commissaires de police) et, quand ils agissent en vertu de l'article 10, les Préfets doivent se conformer aux règles imposées aux officiers de police judiciaire.

Ils ne peuvent user de l'article 10 que si l'infraction est réalisée; si, au contraire, elle n'est que future, ils agissent suivant leurs droits de police administrative : ce droit leur permet de prévenir et de surveiller toutes les agitations et toutes les manœuvres destinées à compromettre l'ordre public. Cette police est donc, avant tout, préventive. Un

arrêt du Tribunal des conflits souligne, d'ailleurs, la dépendance étroite qui existe entre les pouvoirs de police judiciaire et leurs pouvoirs de police administrative (Arrêt du 8 avril 1935, D. P. III, Cahier, 1935-3-25).

Lorsqu'il agit comme officier de police judiciaire, le Préfet peut être assimilé au Procureur de la République exerçant les mêmes fonctions. Cependant, au point de vue compétence, « *ratione materiæ* », le Préfet la voit réduite aux crimes et délits contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat par le nouvel article 10, alors que celle du Procureur s'étend à tous les crimes et délits. « *Ratione loci* » elle s'étend au département, pour le Préfet, et seulement à l'arrondissement pour le Procureur de la République. A part cela, le Préfet peut recevoir, personnellement, les plaintes et dénonciations, les rapports; il peut procéder, lui-même, ou faire procéder à une enquête destinée à le renseigner sur la matérialité de l'infraction. Il peut accomplir tous les actes de recherche et de constatation.

2° Pouvoir d'instruction préparatoire. — Ceci a, de nos jours, perdu beaucoup de son intérêt, car le nouvel article 10 oblige le Préfet à se dessaisir, dans les vingt-quatre heures, au profit de la justice. Dans ce délai il peut tout de même procéder à des perquisitions et à des saisies, tout en se conformant aux règles du C. I. C. Il a le droit d'entendre des témoins, mais non d'interroger le prévenu. Il a encore le droit d'opérer des arrestations, mais nous entendons ici, simple mesure d'instruction, au moyen de mandats de comparution ou d'amener, mais il ne saurait décerner des mandats d'arrêt ou de dépôt.

Cette procédure est soumise à des conditions de fond qui ne jouaient pas dans l'ancien article 10, il faut qu'il y ait urgence et crime ou délit contre la Sûreté de l'Etat. La loi de 1935 ajoute aussi une condition de forme nouvelle : il faut que le Préfet envoie le dossier de l'affaire,

dans les vingt-quatre heures, au Procureur de la République; dans l'ancien article 10 aucun délai n'était fixé, ce qui permettait de graves abus : arrestations et détentions de plusieurs jours, quelquefois plusieurs semaines sans que la Justice fut seulement avertie. Déjà, le 4 août 1906, une circulaire de Clémenceau avait essayé de réagir contre ces abus.

Arrestation ou détention illégales, ou non transmission du dossier de l'affaire dans un délai de vingt-quatre heures, au Procureur engagent la responsabilité du Préfet. La partie lésée a le droit de l'actionner en dommages et intérêts devant le Tribunal judiciaire. On avait tout d'abord soutenu que le Préfet, agissant en vertu de l'article 10, faisait des actes ayant un caractère administratif voire gouvernemental, et on faisait appel à la théorie des actes de Gouvernement. Ceci joue jusqu'à l'arrêt de la Chambre civile du 3 août 1874 (D. P., 1876-1-297. Affaire Valentin, première espèce). Cette jurisprudence a été consacrée par le Tribunal des conflits dans trois arrêts du 25 mars 1889 (D. P. 1890-3-65). Actuellement, le Préfet agissant en vertu de l'article 10, même sur ordre du Gouvernement, doit être considéré comme officier de police judiciaire, et non comme agent administratif. Les actes qu'il accomplit, en cette qualité, dépendent du contentieux judiciaire et sont soumis à son contrôle.

3° *Droit de réquisition.* — Ce droit, que leur conserve la loi de 1935, n'a jamais donné lieu à de graves discussions. On considère, en effet, qu'il est le complément normal des attributions préfectorales. Le Préfet, chef de la police administrative départementale, dispose de puissants moyens d'information. Il est utile, pour une meilleure répression des infractions, qu'il puisse, le cas échéant, signaler à la justice les crimes et délits contre la Sûreté de l'Etat. Souvent, d'ailleurs, les officiers de police judiciaire

n'attendront pas d'être saisis; ils agiront d'eux-même. Une fois requis, ils accomplissent les actes de leur fonction, en se conformant aux règles ordinaires, l'intervention du Préfet se borne à l'avis officiel qu'une infraction a été commise, et à la demande de poursuite, son rôle s'arrête là; il reste étranger à l'œuvre de la police judiciaire; il peut bien requérir les officiers de police judiciaire, mais il ne peut pas exercer l'action publique, ni la mettre en mouvement.

§ 3. EXCEPTION A LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

Le législateur de 1808 n'avait pas hésité à donner aux Préfets des attributions qui sont parmi les plus redoutables, puisque ce sont celles qu'exercent, à la fois, le Procureur de la République et le Juge d'instruction et, ce faisant, il leur avait donné de véritables pouvoirs judiciaires, ce qui constituait une violation flagrante du principe de la séparation des pouvoirs qui demanderait que ces attributions soient exclusivement réservées à des magistrats de l'ordre judiciaire. Nous quittons donc, ici, le terrain de l'administration, pour nous engager sur celui de la justice. La jurisprudence, en cette matière, avait encore étendu les pouvoirs des Préfets, si bien que cela avait donné lieu à de graves abus. Au rétablissement de l'article 10, en 1935, on tâcha, le plus possible, de parer à toute tentative d'arbitraire. La nécessité de l'urgence, et le fait que le Préfet ne peut agir que s'il s'agit de crimes ou délits contre la sûreté intérieur ou extérieure de l'Etat, ont singulièrement rétréci le champ d'application de l'article 10. L'ancien article permettait au Préfet d'agir dans tous les cas. Mais ce qui a surtout une grande importance, c'est l'obligation, pour le Préfet, de transmettre le dossier de l'affaire dans les vingt-quatre heures, au Procureur de la République, par cela même le Préfet n'a plus les pouvoirs quasi-illimités qu'il possédait sous l'empire de l'ancien article 10, et cela réduit d'autant toute possibilité d'arbitraire.

Le nouveau texte n'en donne pas moins, bien que temporairement, aux Préfets, c'est-à-dire, ne l'oublions pas, à des fonctionnaires essentiellement de l'ordre administratif et, de plus, placés directement dans les mains du Gouvernement et par conséquent ne présentant que des garanties relatives d'indépendance, des pouvoirs de police judiciaire qui, aux termes de la Déclaration des Droits de 1789, ne peuvent appartenir qu'aux membres du pouvoir judiciaire.

Les mesures que prennent les Préfets, dans de telles circonstances, sont donc bien de nature judiciaire. Comment pouvons-nous expliquer qu'un haut fonctionnaire de l'Administration ait de tels pouvoirs ? On ne peut en donner qu'une seule justification qui n'a rien de juridique : la nécessité. Surtout nécessité d'aller vite, à laquelle on oppose la lenteur de mise en marche de la justice, et son manque d'information, en certaines matières. Cela est-il suffisant pour donner aux Préfets de tels pouvoirs et réaliser ainsi une violation du principe de la séparation des pouvoirs ? Cette idée d'aller vite n'est pas absolument inconciliable avec l'idée de procédure exclusivement judiciaire, seulement, pour cela, il faudrait modifier l'instruction et, surtout, en accélérer la mise en marché. Une telle transformation n'est pas impossible ; si elle venait à se réaliser un jour nous ne reconnâtrions plus, aux Préfets, que le droit de requérir les affaires de police judiciaire, c'est-à-dire que nous ne l'utiliserions plus que comme agent d'information. Le principe de la séparation des pouvoirs serait ainsi bien mieux respecté, le préfet n'exerçant plus qu'une fonction qui serait le complément de ses attributions de chef de la police administrative du Département.

SECTION II

EMPIÈTEMENTS DE L'EXÉCUTIF SUR LE LÉGISLATIF

CHAPITRE PREMIER

Du pouvoir règlementaire, de son extension.

La Loi constitutionnelle du 25 février 1875, art. 1^{er} § 1^{er}, nous dit: « Le pouvoir législatif s'exerce par deux Assemblées: La Chambre des Députés et le Sénat »; l'article 3 de cette même loi, § 1^{er}, *in fine*, nous enseigne, parlant du Président de la République et des lois votées par les Chambres: « ... il en surveille et en assure l'exécution. » Le premier de ces deux articles est très net: il confie le pouvoir législatif aux Chambres. Quant à l'article 3, il semble être le seul texte, dans notre Constitution, auquel on puisse rattacher l'exercice par le pouvoir exécutif d'un droit, que tous les régimes qui nous ont précédés, lui ont reconnu plus ou moins explicitement le droit de faire des règlements, c'est-à-dire des actes qui restent administratifs, en la forme, mais qui, au point de vue matériel, sont de vrais actes législatifs. Ce pouvoir a été introduit dans nos institutions par nécessité et il n'a fait que s'étendre. Cette extension se traduit, le plus souvent, par un empiètement, plus ou moins grand, de l'exécutif sur le domaine habituellement réservé au législatif, empiètement qui constitue une violation du principe de la séparation des pouvoirs.

HISTORIQUE

Sous l'ancien régime, tous les pouvoirs sont confondus entre les mains du Roi; la question du pouvoir réglementaire ne se pose donc même pas puisque le Roi peut légiférer, lui-même, comme il l'entend. Avec la Révolution apparaît l'idée de séparation des pouvoirs, et Petion nous dit : « Le législateur a, seul, le pouvoir de faire ou d'interpréter la loi. » En proclamant solennellement le principe de la séparation des pouvoirs, le législateur de 1791 a certainement voulu donner au corps législatif le pouvoir exclusif d'édicter des dispositions par voie générale en toutes matières et lui réserver, en un mot, tout le domaine des lois matérielles; c'est pourquoi les articles 2 et 3 du préambule du titre III et l'article 1^{er}, section 1^{re}, chapitre III, Titre III de la Constitution de 1791, ne permettent pas au pouvoir exécutif, d'édicter des règlements. Cependant, peu à peu, sous l'empire, des besoins pratiques, des brèches vont être apportées à ce principe, et le pouvoir réglementaire s'installera dans nos institutions. L'article 141 de la Constitution de l'An III stipule : « Le Directoire pourvoit, d'après les lois, à la Sûreté extérieure ou intérieure de la République. Il peut faire des proclamations conformes aux lois, et pour leur exécution. » L'article 44 de la Constitution de l'An VIII consacre, pour la première fois, le droit pour le Chef de l'État d'établir des règlements : « Le Gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution. » On trace des limites, très nettes à ce pouvoir qui ne tarde tout de même pas à s'en évader. Napoléon s'arroge, quelquefois, des pouvoirs absolus et porte atteinte à des lois existantes. En 1814, l'article 11 de la Charte proclame : « Le Roi fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la Sûreté de l'État. » On essaye de réagir contre les

abus de l'empire en réduisant ce pouvoir. L'article 13, de la Charte de 1830 est encore plus précis : « Le Roi fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution. » L'article 49 § 2 de la Constitution de 1848 est, exactement, semblable à l'article 3 de la Loi constitutionnelle de 1875 : « Le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois. » En 1852, l'article 6 de la Constitution proclame : « Le Président de la République fait des règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois. »

Etendue du pouvoir réglementaire. — Après ce bref résumé de l'évolution historique du pouvoir réglementaire, nous pouvons constater qu'il a toujours été reconnu au Chef de l'Etat, et que seule son étendue a varié. Nous laisserons de côté le pouvoir réglementaire des Préfets et des Maires pour ne nous occuper que de celui du Président de la République, pouvoir qu'il détient, en principe, mais qui, en fait, est exercé par les Ministres qui engagent leur responsabilité, grâce au subterfuge du contreseing. Quels sont donc les divers genres de règlements que le Chef de l'Etat peut prendre ? Nous avons, tout d'abord, ceux qui sont pris en vertu d'une loi, que l'on peut subdiviser en deux catégories :

1° Les règlements d'administration publique prescrits par une loi, pour la compléter. Pour les établir, le Président est obligé de demander l'avis du Conseil d'Etat, réuni en Assemblée générale. Toutes les grandes lois seraient inapplicables, si elles n'étaient complétées par de tels règlements.

2° Les règlements faits, en la forme, de règlements d'administration publique qui sont faits par le Chef de l'Etat, en vertu d'une compétence reconnue par la loi, mais qui ne sont pas le complément de la loi. Enfin, il faut

mentionner les règlements autonomes ou spontanés qui ne sont pas soumis à l'avis du Conseil d'Etat et ne se rattachent à aucune loi. Parmi ceux-ci, nous pouvons classer les décrets pris en Conseil des ministres. On les utilise, le plus souvent, pour l'organisation des services publics et de la police. D'après cette énumération, nous voyons que les pouvoirs du Président de la République sont très étendus en cette matière.

Comment pouvons-nous concilier ce pouvoir réglementaire avec l'idée de séparation des pouvoirs ? Une séparation stricte ne saurait admettre un tel dessaisissement de la part du législateur, et les U. S. A. n'ont pas admis le pouvoir réglementaire. Actuellement, nous vivons sous un régime de collaboration des pouvoirs; ceci explique le pouvoir réglementaire, en tant que complément de la loi, et s'il ne sortait jamais de ce rôle, nous n'aurions pas grand chose à lui reprocher; mais, de nos jours, il prend une extension de plus en plus grande. Le Gouvernement en arrive à faire œuvre de législateur en créant, modifiant ou abrogeant certaines lois, et ceci constitue autant d'exceptions à la séparation des pouvoirs. Hauriou semble, d'ailleurs admettre que le règlement puisse « suspendre l'exécution de certaines lois pour mieux assurer l'exécution des autres », mais cette mesure est elle-même souvent dépassée.

Nature du règlement. — Est-ce un acte administratif ou bien un acte législatif ? Certains y voient un acte purement administratif; nous n'admettrons pas ceci. D'autres auteurs admettent que le règlement, au point de vue matériel, est un véritable acte législatif, tout en restant un acte administratif, au point de vue formel; c'est la théorie de Duguit et elle nous semble, tout à fait acceptable; la différence entre le règlement et la Loi serait donc purement formelle. Bonnard admet aussi que ce sont des actes légis-

latifs, fait par des autorités administratives. Or, comment peut-on faire ceci, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs ? Le caractère législatif du règlement est très nettement exposé par Bonnard. Il compare les définitions que l'on donne de la loi et des fonctions administratives, et en conclut que le règlement est, au point de vue matériel, un acte législatif, car il détermine, d'une façon générale, et impersonnelle, des pouvoirs et des devoirs, c'est-à-dire des situations juridiques; or c'est là le caractère essentiel de l'acte législatif. Le règlement n'est pas un acte administratif parce qu'il n'a jamais de portée individuelle ou spéciale, ce qui est le propre du caractère matériel de l'acte administratif. Il montre ensuite que ce caractère législatif du règlement a été consacré par la jurisprudence, car il dit : « C'est un principe que si les tribunaux peuvent interpréter les lois, à l'occasion d'un procès, ils ne peuvent pas interpréter les mêmes actes qui sont administratifs du point de vue matériel; cela constitue, pour eux, une question préjudicielle, pour laquelle il y a lieu de surseoir à statuer; or la jurisprudence de la Cour de cassation décide que les tribunaux peuvent interpréter les règlements; c'est donc qu'on leur reconnaît le même caractère législatif que la loi (Cass., 24 oct. 1917 : S. 1918-1-193. Cass. 10 janvier 1921: D. 1921-1-49) confirmé par le Tribunal des conflits (Conflit Septfonds, 16 juin 1920, p. 500). » Pour lui, la place prépondérante, en cette matière, revient au Gouvernement qui fait le règlement, comme le Parlement fait la Loi; nous ne pouvons donc lui dénier ce caractère législatif.

Fondement du pouvoir réglementaire. — Il faut maintenant se demander quel est le fondement du pouvoir réglementaire ?

Vers 1850, dans son « Cours d'administration et de droit administratif », Macarel est le premier à donner une idée nette d'une théorie qui devait avoir cours pendant tout le

XIX^e siècle : la théorie de la délégation législative. D'après cette théorie, qui fut reprise par Rossi, Aucoc et bien d'autres auteurs, surtout à propos du règlement d'administration publique, tout se passe comme si le Chef de l'Etat agissait au lieu et place du Parlement. l'acte ainsi fait ayant exactement la même nature et les mêmes caractères que s'il était accompli par le Parlement lui-même. Cette théorie est évidemment séduisante au premier abord, et elle a encore un certain nombre de défenseurs de nos jours. La Cour de Cassation elle-même, dans un de ses récents arrêts (Crim., 18 mars 1932, D. H., p. 269) dit: « Attendu que les mesures réglementaires édictées par ce décret ne sont obligatoires qu'autant qu'elles rentrent dans le cadre de la délégation conférée par la loi au pouvoir exécutif. » Cependant, elle est vivement attaquée par Delvolve, Duguít, Hauriou, Bonnard, Esmein. Le Conseil d'Etat ne l'admet plus puisque, depuis un certain temps, il décide qu'il n'y a pas de délégation du législatif. Et d'ailleurs, les Chambres ne peuvent disposer du pouvoir législatif; elles n'en ont que l'exercice, le Parlement ne détient pas, en propre, ce pouvoir; il l'a, lui-même, par délégation et, pouvons-nous dire « délégation sur délégation ne vaut ».

On a essayé de transporter l'idée du mandat, selon l'article 1984 du Code civil, dans le droit public, mais en analysant, on a trouvé de trop grandes divergences.

Hauriou a élaboré une théorie très savante, à laquelle se sont ralliés un grand nombre d'auteurs : la théorie de la délégation des matières. Il a cherché à expliquer, par ce moyen, la pratique de plus en plus fréquente suivant laquelle, le Parlement autorise le Chef de l'Etat à modifier, par décret, des dispositions législatives existantes. Cette théorie repose sur l'idée que certaines matières seraient de la compétence législative et d'autres de la compétence réglementaire, et que le Parlement conserverait toujours le

droit, sauf dans les cas où un texte d'ordre constitutionnel s'y opposerait, de transporter d'un domaine dans un autre certaines questions. Cette autorisation aurait pour résultat d'enlever le caractère de loi formelle aux dispositions transportées dans le domaine du règlement pour en faire des actes de même nature qui par conséquent pourraient être valablement modifiés par d'autres règlements. Mais alors se pose le gros problème de la définition du domaine respectif de la loi et du règlement. Un seul point est certain : appartiennent au domaine exclusif du Parlement, les matières pour lesquelles un texte constitutionnel prévoit qu'elles ne seront régies que par une loi formelle. Si nous cherchons les cas prévus, par la Constitution, nous constatons, qu'à cet égard, les textes sont extrêmement rares. Rien ne limite donc la compétence réglementaire, si ce n'est le principe que le règlement est, en général, subordonné à la loi, et enfin les rares cas où un texte constitutionnel réserve certaines questions à la compétence du Parlement seul.

Barthélémy et Duez disent que le Parlement effectue, au profit du règlement, une « délégalisation » de certaines matières jusque là législatives, ceci étant rendu possible du fait que les lois constitutionnelles de 1875 n'ont pas tracé de limites précises, entre les matières législatives et les matières réglementaires et n'ont ainsi pas permis de donner une théorie générale du règlement. Cette théorie est, somme toute, assez peu différente de celle qu'expose Hauriou !

Quant à Bonnard, après avoir constaté qu'aucun texte n'attribue, dans la Constitution de 1875, ce pouvoir de façon précise au Gouvernement, mais que depuis la Révolution nous avons toujours vu accorder ce pouvoir au Chef de l'Etat, il en conclut qu'il s'est introduit dans nos institutions, grâce à la coutume constitutionnelle.

Toutes ces recherches du fondement du pouvoir réglementaire sont compliquées et délicates, car ce pouvoir a été imposé par la nécessité, et sans chercher s'il y avait une justification juridique possible, on n'a fait qu'appliquer cette idée, malheureusement trop souvent invoquée, que nécessité fait loi.

Extension possible. — L'article 3 de la Loi constitutionnelle de 1875 stipule que le Président de la République « ... surveille et assure l'existence des lois »; cela semble réduire considérablement le champ d'application du pouvoir réglementaire. Conformément à cet article, on a admis que le règlement était inférieur à la loi, qu'il ne pouvait la modifier et encore moins l'abroger. Nous verrons cependant qu'il n'en a pas toujours été ainsi et que le législateur, soit volontairement, en accordant lui-même de larges pouvoirs à l'exécutif, soit par son indifférence, laissant celui-ci empiéter sur les fonctions législatives, a permis un accroissement parfois considérable du pouvoir réglementaire. Esmein s'élève justement contre ceci, disant qu'il est inadmissible que le législatif, organe constitué, se fasse le répartiteur de ces compétences constitutionnelles et s'érige ainsi en organe constituant. Ce à quoi, Carré de Malberg répond que la Constitution établit, au profit du législatif, une sorte de prépondérance; par là même elle se trouve lui accorder une sorte de pouvoir constituant, en ce sens qu'elle lui laisse la liberté et la puissance de régler par lui-même la tâche de l'exécutif. Nous ne pouvons admettre cette dernière théorie.

Dans les chapitres qui vont suivre, nous allons voir se dégager, avec beaucoup plus de force, le caractère législatif du règlement qui, dans bien des cas, modifiera une loi existante ou ira même jusqu'à l'abroger. Dans ces divers cas, le législateur abandonne, momentanément, c'est entendu, mais de façon très nette tout de même, une partie

plus ou moins grande du domaine qui lui est normalement réservé, au pouvoir exécutif, et cela constitue autant d'exceptions au principe de la séparation des pouvoirs.

Comment pouvons-nous justifier cette extension qui, dans certains cas, tend à devenir abusive ? Ici aussi une seule justification est possible : la nécessité. La même idée qui a imposé le pouvoir réglementaire va pousser à étendre son champ d'application. De nos jours, la législation devient trop touffue, trop complexe, pour que le Parlement puisse donner des lois claires, et immédiatement applicables. On invoque aussi que le Gouvernement est très souvent mieux à même d'établir certaines réglementations de caractère purement technique. Dans des circonstances graves, il est nécessaire d'aller vite ; or tout le monde connaît l'extrême lenteur qui caractérise les débats parlementaires, les « navettes », souvent très nombreuses, que font les projets d'une Chambre à l'autre avant de devenir loi !

Un pouvoir réglementaire, sainement organisé, c'est-à-dire strictement limité, est le signe de l'intime collaboration qui doit exister, dans tout régime parlementaire, entre le Gouvernement, autrement dit l'exécutif, et les Chambres. Sous de telles conditions, nous pourrions plutôt parler de limitation au principe de la séparation des pouvoirs. Mais, lorsque le Parlement, hésitant devant l'impopularité des mesures, se déchargera, temporairement, d'une partie plus ou moins grande de ses attributions législatives, sous réserve d'un contrôle ultérieur, le plus souvent illusoire, on ne peut que conclure à la carence du pouvoir législatif. Ces empiètements consentis ou tolérés par le pouvoir législatif, sur le domaine habituellement réservé au Parlement, constituent autant de violations au principe de la séparation des pouvoirs, principe qui ne saurait accorder une telle prérogative à l'exécutif.

CHAPITRE II

Le régime douanier.

Les révolutionnaires de 1789 ont définitivement accordé aux représentants de la Nation un droit, que les Etats Généraux avaient toujours revendiqué et exercé sous l'ancien régime, celui du libre consentement de l'impôt. Le Parlement seul pourra instaurer de nouvelles mesures fiscales, modifier ou abroger les anciennes. Les droits de douane étant, sans conteste des impôts, il semble que toute création de droits nouveaux, toute modification ou même abrogation de droits anciens ne puissent être consenties que par le Parlement. La brève étude que nous allons faire de la question, va nous montrer qu'il n'en est pas toujours ainsi, et que le Parlement confie très souvent ce droit au Gouvernement lui-même, ce qui va amener, contrairement au principe de la séparation des pouvoirs, l'exécutif à régler sur des questions qui entrent, normalement dans la compétence législative.

Développement historique. — Sous l'Ancien régime, confusion des pouvoirs: la réglementation des tarifs douaniers est entre les mains du Gouvernement, entre les mains du Roi. Sous la Révolution, une loi des 6-22 août 1791, qui forme encore de nos jours la base du système douanier, pose le principe que les droits de douane doivent être votés par les représentants de la Nation (Article 1^{er}) et, en effet, pendant un certain temps, ce sont les Assemblées législatives qui fixent le tarif (Loi du 1^{er} août 1790, article 9. Décret de la Convention du 3 septembre 1793). Le Consulat et

l'Empire marquent un dessaisissement très net du pouvoir législatif. Napoléon, par une loi du 29 floréal an X, s'arrogé des pouvoirs absolus, en matière douanière. Sous la Restauration, en décembre 1814, on a une première loi accordant à l'exécutif le droit de remanier les tarifs douaniers suivant les besoins du moment. Il fallait soumettre ceci à la ratification des Chambres, le plus vite possible. Le principe est tout d'abord fidèlement appliqué, puis se manifeste une double tendance : d'une part, limiter le droit de remanier les tarifs, accordé au gouvernement; d'autre part, en sens inverse, l'armer de pouvoirs nouveaux, pour lui permettre d'agir rapidement. Ceux qui avaient préconisé l'extension triomphèrent, car on ne tarda pas à accorder au Gouvernement le droit d'intervenir dans des hypothèses de plus en plus nombreuses. Sous le Second Empire, l'article 3 du Sénatus consulte du 25 décembre 1852, donnait ce droit au Président de la République, mais ceci fut abrogé par le Sénatus consulte du 8 septembre 1869, article 10. Sous la III^e République, les lois d'autorisation se font de plus en plus nombreuses; nous allons en citer quelques-unes parmi les principales : Loi du 29 mars 1887, article 1^{er} : « Dans des circonstances exceptionnelles, et quand le prix du pain s'élèvera à un taux menaçant pour l'alimentation publique, le Gouvernement pourra, en l'absence des Chambres, suspendre, en tout ou en partie, les effets de la présente loi, par un Décret du Président de la République, rendu en Conseil des Ministres. Dans ce cas, la mesure prise par le Gouvernement, devra être soumise à la ratification, aussitôt les Chambres réunies. » Autres lois : le 29 décembre 1891 et le 11 janvier 1892, qui stipule dans son article 8 : « Le Gouvernement est autorisé à appliquer des surtaxes ou le régime de la prohibition à tout ou partie des marchandises originaires des pays qui appliqueraient le régime de la prohibition des marchandises françaises; ces mesures doivent être soumises à la

ratification des Chambres, immédiatement si elles sont réunies, sinon à l'ouverture de la session suivante. » Le 27 juin 1894, on essaye de faire une loi, élevant le droit d'entrée du blé de 5 à 7 francs les 100 kilos, mais la loi fut longue à élaborer et les importateurs firent entrer, le plus possible de blé en France, la mesure de protection arriva trop tard. Cet échec, du Parlement, motiva la loi du 13 décembre 1897, dite loi « du cadenas », dont l'article 1^{er} stipule : « Tout projet de loi présenté par le gouvernement et tendant à un relèvement des droits de douane sur les céréales ou leurs dérivés, les vins, les bestiaux ou viande fraîche de boucherie, sera suivi d'un décret dont une disposition spéciale ordonnera l'exécution immédiate, le gouvernement prendra les mesures nécessaires, pour que ce décret, dès le lendemain de la présentation du projet de loi, soit inséré au *Journal Officiel*, et affiché, avant l'ouverture des bureaux de la douane. Aussitôt après la publication et l'affichage, ci-dessus prescrit, les nouveaux droits sont applicables à titre provisoire. » L'article 3 de cette même loi précise que, dans le cas où le projet du gouvernement serait retiré ou rejeté par les Chambres, ou adopté seulement en partie, la différence entre le droit perçu et celui qui serait, légalement, maintenu ou établi, sera remboursé à l'importateur. Le 12 juillet 1906, une loi permet au gouvernement, en cas de mobilisation, de suspendre les droits sur les denrées nécessaires à l'alimentation. Fin juillet 1909, loi qui permet de suspendre, momentanément, par un décret rendu en Conseil des ministres, le monopole du pavillon français entre l'Algérie et la France. La loi du 29 mars 1910 dit dans son article 3 : « Le gouvernement pourra prendre d'urgence, dans le cas où les mesures arrêtées par des pays étrangers seraient de nature à entraver le commerce français, toutes dispositions appropriées aux circonstances. » Ceci est purement et simplement une mesure de représailles.

Pendant la guerre 1914-18, le gouvernement s'attribue ou se voit attribuer une grande liberté, qui peut se justifier dans une certaine mesure. Mais depuis 1918 l'exécutif ne se fait pas faute de modifier, par décret, le tarif douanier, et cela assez souvent même. Il y a un trop grand nombre de lois, qui viennent autoriser l'exécutif à faire ceci, pour que nous puissions toutes les rappeler ici. Un décret du 28 décembre 1926 est venu codifier, en quelque sorte, la matière. Le législateur semble donc perdre du terrain dans ce domaine.

Appréciations sur ce système. — Le Parlement a donc donné au gouvernement le droit de prendre des mesures d'ordre législatif en matière douanière, dans certains cas exceptionnels : pouvoir de suspendre les droits sur certains produits, en cas de disette ou de mobilisation générale, d'appliquer, par anticipation, des droits non encore votés. Dans tous ces cas, c'est l'exécutif, lui-même, qui prend, sous réserve de ratification ultérieure, les mesures concernant le tarif douanier. Nous avons donc ici une violation du principe de la séparation des pouvoirs, qui voudrait que seul, le Parlement puisse prendre des mesures d'ordre législatif. On a toujours reconnu que les droits de douane sont un impôt; or, l'impôt ne peut être établi que par une loi; de plus, la matière des tarifs douaniers constitue la base des traités de commerce qui, d'après la constitution (Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, article 8, § 2), doivent faire l'objet d'un vote du Parlement. En conséquence, le législateur devrait, seul, pouvoir établir les tarifs des droits d'entrée ou de sortie, seul, il devrait pouvoir les modifier ou les abroger et, en fait, il y a bon nombre de lois sur cette matière. Mais on a découvert que, dans bien des cas, la loi n'offre pas toute la rapidité d'intervention, toute la mobilité nécessaire (exemple loi de 1894) en matière douanière. Il faut un pouvoir capable de suivre le mouvement commercial, de

modifier les tarifs en liaison avec la situation économique du pays, seul le pouvoir exécutif en est capable. La nécessité d'aller vite prime tout dans ce domaine. Quand il s'agit de prendre des mesures de réciprocité à l'égard des pays étrangers, de donner un effet immédiat au relèvement des droits de douane ou, au contraire, à leur suppression. Quand il s'agit de faire face aux inégalités causées par des troubles monétaires, des événements aussi graves que la guerre, ce qui importe, c'est la promptitude. Sur ce terrain, le Parlement ne peut lutter avec le gouvernement dont les moyens d'action sont plus souples et surtout plus rapides. On a aussi invoqué la discrétion qui est, le plus souvent, nécessaire dans ces matières et que l'on ne peut obtenir de la part des assemblées législatives. Esmein essaye de nous donner une explication de ce procédé : « En réalité ce sont des décisions qui, par leur nature, reviendraient plutôt à l'exécutif qu'au législatif, la constitution ne les attribuant à celui-ci que pour fournir une garantie plus complète aux citoyens », et il conclut : « Dans des cas particulièrement délicats à apprécier et où la mesure est dictée par les circonstances de fait contingentes et transitoires, n'est-il pas naturel que la décision revienne au pouvoir qui est le mieux fait pour la prendre utilement, et le pouvoir législatif en ordonnant ainsi ne revient-il pas à la réalité même ? »

Ces lois d'autorisation, que nous étudierons plus longuement avec les décrets-lois, prennent, cela est évident, un certain nombre de précautions, exigeant que les décrets soient rendus en Conseil des ministres, qu'ils soient ratifiés au plus tôt par les Chambres, mais tout ceci est assez illusoire, comme nous le verrons plus loin. Il n'en est pas moins vrai que, dans ces cas, le gouvernement crée, modifie ou abroge des droits de douane qui sont des impôts et que les décisions qu'il prend ainsi, ont force de loi, sont immédiatement exécutoires. On ne peut nier que, dans ces cas,

l'exécutif empiète, avec sa permission sans doute, sur le domaine du législatif. Ces autorisations étant de plus en plus fréquentes, il faut craindre les abus, et le Doyen Allix nous dit (« Le droit de douane », p. 263, 1932) : « Lorsque l'on critique, parfois, l'abandon que le Parlement fait de ses prérogatives douanières, c'est généralement beaucoup plus l'usage fait par le gouvernement de la délégation que lui ont consenti les Chambres que le principe même de la délégation. »

Cette situation inspirée par la nécessité, et violant le principe de la séparation des pouvoirs, donne donc un véritable pouvoir législatif au gouvernement et, ce qui est encore plus grave, dans un domaine que toute le monde s'accorde à reconnaître comme exclusivement réservé au Parlement. Les Chambres ne se contentent pas ici de la collaboration de l'exécutif, elles lui abandonnent leurs pouvoirs, reconnaissant ainsi leur impuissance, dans certains cas. En définitive, et dans cette matière, nous constatons un recul, très net, de la loi devant le règlement.

CHAPITRE III

Législation coloniale.

On a pu dire de la France qu'elle était une nation de plus de cent millions d'habitants, mais pour arriver à ce chiffre, il faut adjoindre à la métropole son magnifique empire colonial, le second du monde. Le fait de posséder cet immense domaine colonial, pose un grave problème : celui de la législation à appliquer à ces pays lointains. Quel est l'organe qui sera le plus apte à remplir cette tâche et quelle loi allons-nous imposer à ces peuples dont les mœurs diffèrent non seulement de celles de la mère patrie, mais encore de colonie à colonie ? Girault propose trois systèmes que nous allons reprendre ici :

1° L'assujétissement, dans lequel le pouvoir métropolitain impose aux colonies, sans les consulter, la législation qu'il estime la plus favorable à ses intérêts.

2° L'autonomie : les lois applicables aux colonies sont faites par des parlements locaux.

3° L'assimilation : une législation unique régit toutes les parties du territoire sans distinguer la métropole des colonies.

Nous verrons que ces divers systèmes, qui présentent tous des avantages mais aussi des inconvénients, ont été appliqués chez nous, plus ou moins correctement, sous les régimes qui ont précédé celui sous lequel nous vivons.

Précédents historiques.

Sous l'ancien régime, la législation coloniale ne présentait aucune uniformité. Au temps des compagnies privilégiées, celles-ci reçurent le droit de légiférer. Au moment de leur dissolution on nomme des agents royaux qui remplacent ceux de la compagnie et qui partagent, dans une certaine mesure, ce pouvoir avec le roi. A cette époque, nous avons donc, comme organes législatifs : le roi, le gouverneur, l'intendant et les conseils souverains, ce qui donne, jusqu'en 1789, à la législation coloniale, un aspect chaotique, mais où, tout de même, s'affirme la toute-puissance du pouvoir exécutif. En 1789, les idées révolutionnaires d'Egalité et de Fraternité vont s'étendre aux colonies; on leur permet de se faire entendre au Parlement de la métropole. Un décret du 8 mars 1790, complété le 28 du même mois, crée des assemblées aux colonies, mais celles-ci ne tardent pas à accaparer tous les pouvoirs, sans tenir compte de la législation métropolitaine. L'article 3 de la Constitution du 6 Fructidor An III, réagit contre cet état de choses, il dispose : « Les colonies françaises sont partie intégrante de la République, et seront soumises à la même loi constitutionnelle », politique d'assimilation pour réagir contre le désordre et l'anarchie. Sous le Consulat on abandonne le système de l'application des lois métropolitaines aux colonies, l'article 91 de la constitution du 22 Frimaire An VIII, nous dit : « Le régime des colonies françaises est déterminé par des lois spéciales »; on confie ce soin à l'organe législatif, mais une loi du 30 Floréal An X, article 2, ajoute : « Nonobstant toutes les lois antérieures, le régime des colonies est soumis, pendant dix ans, aux règlements qui seront faits par le gouvernement. » Ce pouvoir passe donc à l'exécutif. Sous l'Empire les colonies se trouvent, comme sous l'ancien régime, sous la dépendance la plus absolue

du pouvoir exécutif. L'article 73 de la Charte de 1814 nous dit : « Les colonies seront régies par des lois et des règlements particuliers. » On semble admettre la législation concurrente du Roi et des Assemblées législatives mais, en pratique, on règle toutes les questions par voie d'ordonnances ou de règlements, sans l'intervention des chambres. Sous la Monarchie de Juillet, on s'occupe de la législation coloniale, et la loi du 24 avril 1833 nous dit : « Les colonies seront régies par des lois particulières. » C'était la première fois que le pouvoir exécutif acceptait, dans une mesure aussi large, un partage dans l'exercice de ses attributions. A cette époque le pouvoir législatif colonial se trouve réparti entre les chambres métropolitaines qui font des lois, le Roi qui fait des ordonnances, les conseils coloniaux qui font des décrets et des ordonnances et, enfin, il faut mentionner les gouverneurs. En 1848 on supprime l'esclavage et on institue le suffrage universel, bouleversement de tout le système. Un décret du 27 avril 1848 supprime les assemblées coloniales en accordant le droit d'envoyer des représentants élus à l'assemblée métropolitaine. L'article 109 de la constitution de 1848 stipule : « Le territoire de l'Algérie et des colonies est déclaré territoire français et sera régi par des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale le place sous le régime de la présente constitution. » De 1848 à 1851, une Commission présidée par le duc de Broglie s'occupe à rédiger la nouvelle Charte coloniale : deux organes devaient se partager l'exercice du pouvoir législatif, l'Assemblée Nationale et le Conseil d'Etat, le pouvoir exécutif pouvait aussi intervenir mais avec l'avis du Conseil d'Etat. Le projet déposé le 30 juin 1851 ne fut jamais discuté. Le Second Empire allait instaurer un régime autoritaire, retour au régime du Consulat et du Premier Empire. L'article 27 de la Constitution du 14 janvier 1852 édicte : « Le Sénat règle par Sénatus Consulte la constitution de l'Algérie et des colonies. » C'est par application de

cette loi que sont rendus les deux *Senatus Consultes* du 3 mai 1854 et du 4 juillet 1866. De 1852 à 1854, le chef du pouvoir exécutif se réserve, exclusivement, le droit de légiférer en matières coloniales, et pas une fois le corps législatif n'eut à intervenir. Le *Senatus Consulte* de 1854 répartit les colonies en deux catégories distinctes : D'une part la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion (*Titre III, articles 2 à 17*), pour lesquelles les sources législatives sont les *Senatus Consultes*, les lois, les décrets portant règlement d'administration publique, décrets simples, les arrêtés de gouverneurs; autrement dit, seront chargés de légiférer pour ces colonies : le Sénat, le corps législatif, l'Empereur, avec ou sans concours du Conseil d'Etat, et les gouverneurs. Pour ce premier groupe, l'exécutif n'a que des pouvoirs restreints. D'autre part, les autres colonies (*Titre III, article 18*) excepté l'Algérie, qui a un régime spécial, sont soumises à un régime de décrets simples « jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un *Sénatus Consulte* ». Ce *Senatus Consulte* ne devait jamais être promulgué pour ces colonies qui allaient devenir la part la plus importante de notre Empire colonial. Le pouvoir de l'Empereur primait ici celui du Sénat et celui du corps législatif. Antipode du régime de 1833, qui conduisait sagement les colonies à l'autonomie, le Second Empire les ramène violemment sous un régime assimilateur et centralisateur à outrance.

Système actuel.

Le gouvernement de la défense nationale ne juge point à propos de s'occuper des colonies, après que par un décret du 15 septembre 1870 il ait rendu à quelques-unes ce que le Second Empire leur avait enlevé : le droit d'avoir des représentants à l'assemblée Constituante métropolitaine. Les lois constitutionnelles de 1875 restent muettes sur ce point, nous sommes donc obligés de faire appel aux systè-

mes qui ont précédé pour donner une organisation législative aux colonies; pour cela nous nous retournons vers le *Senatus Consulte* de 1854, et sans lui reconnaître, comme le font quelques rares auteurs, une valeur constitutionnelle, nous admettrons que c'est un texte organique fondamental en la matière. Nous allons donc retrouver la même division que sous le Second Empire.

a) *Martinique, Guadeloupe, Réunion.* — L'article 3 du *Senatus Consulte* prévoit, comme principale source législative, le *Senatus Consulte*, c'est-à-dire la loi de nos jours, obligatoire pour certaines matières énumérées par l'article 4. Comme source de moindre importance l'article 6 prévoit le décret rendu en la forme de règlement d'administration publique, c'est-à-dire après avis du Conseil d'Etat, ici aussi, obligatoire pour certaines matières énumérées par l'article 6 lui-même et dont la liste a été allongée par une loi de 1900. L'article 7 considère ensuite le décret simple « pour toutes les matières mentionnées dans les articles précédents ou qui ne sont pas dans les attributions des gouverneurs. » L'article 9 mentionne aussi les arrêtés du gouverneur, mais à titre secondaire. Ici le pouvoir exécutif prend une part assez faible à la législation coloniale, encore plus faible de nos jours du fait que le *Senatus Consulte* n'a plus de valeur constitutionnelle et que le Parlement peut ainsi légiférer sur une matière autrefois du domaine de l'exécutif. Une fois qu'une loi a été votée, sur une telle matière, le pouvoir exécutif est définitivement dessaisi du fait de la supériorité de la loi sur le règlement.

b) *Autres colonies sauf l'Algérie.* — L'article 18 du *Senatus consulte* mentionne : « Les colonies autres que la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion seront régies par des décrets de l'Empereur. » Il ajoutait bien : « Jusqu'à ce qu'il soit statué, à leur égard, par un *Sénatus consulte* »,

mais celui-ci n'est jamais intervenu. Pour ces colonies, qui représentent, aujourd'hui, la plus grande partie de notre Empire colonial, la seule source législative, en principe, est le décret simple du Chef de l'Etat : Seule limitation, l'article 8 de la Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 qui décide que pour certaines matières, il faut absolument une loi. Mais ici, aussi, le régime du décret simple peut être écarté par le législateur qui fait une loi que l'exécutif ne peut plus modifier. Sous ces réserves, le pouvoir du Président de la République, pour ces colonies, est aussi étendu que possible.

c) *Algérie*. — L'article 27 de la Constitution de 1852 attribuait au Sénat le droit de régler l'organisation de l'Algérie, comme les autres colonies; le Sénatus Consulte de 1854 ne s'en est pas préoccupé. Sous les régimes précédents elle a toujours été soumise à un régime un peu spécial. Ce furent, tout d'abord, des décrets du Général en chef pendant la conquête, puis, à partir de 1832, les arrêtés de l'Intendant civil, les arrêtés du Ministre de la Guerre, ensuite les arrêtés du Gouverneur général, des ordonnances et quelques Sénatus Consultes. De nos jours, il n'existe plus que deux sources de législation pour l'Algérie : la loi et le décret; ici le domaine de la loi est même assez important.

d) *Les Protectorats*. — Double législation ici: Le législateur indigène s'occupe de toutes les matières que le pays protecteur ne s'est pas réservées, et qui sont surtout des matières d'administration intérieure. Le pays protecteur s'occupe de toutes les questions d'ordre extérieur, des matières qu'il s'est expressément réservées et quelque fois même les actes de l'autorité indigène sont l'objet d'un visa de la part de l'autorité du pays protecteur. Dans ces pays, le décret est la source législative de droit commun. Quant

aux matières qui entrent dans le domaine réservé au pays protecteur, le Parlement peut, bien entendu, toujours faire une loi qui empêche, sur ce point, tout décret postérieur.

Observations sur ce système.

De nos jours donc, le pouvoir de légiférer pour les colonies appartient à deux organes métropolitains : d'une part le Parlement, création législative des lois de 1875 et, d'autre part, le Chef du pouvoir exécutif, création législative du Sénatus consulte de 1854. En remontant dans le passé, nous avons pu constater que le plus souvent c'est le chef de l'exécutif qui joue un rôle prépondérant en matière de législation coloniale, et de nos jours même, en principe, la forme ordinaire de cette législation, c'est le décret simple, donc le Gouvernement domine la matière. Il nous faut aussi constater qu'en cette matière l'on retrouve, de nos jours, une anarchie à peu près semblable à celle qui régnait sous de précédents régimes, surtout depuis 1870, en raison de la multitude d'actes législatifs et de l'accroissement rapide du domaine colonial français qui a mis en présence des populations de race et de civilisation très variées. Le Parlement semble cependant, dans de très nombreux cas, évoquer certaines matières réservées, par le Sénatus Consulte aux décrets (Exemple en 1881 sur la presse, en 1884 sur le régime municipal, en 1900 sur l'organisation judiciaire), autant de points que l'on ne peut plus modifier par de nouveaux décrets.

Si nous analysons la question, nous voyons que le régime de la législation coloniale basée sur le décret est contraire au principe de la séparation des pouvoirs, puisqu'il permet à un organe essentiellement exécutif de légiférer, les Décrets étant assimilés à une véritable loi, aux colonies, tout au moins. Quant à leurs effets, Duguît s'insurge contre

un tel système et nous dit : « Le Gouvernement peut, très légalement, dans les colonies, statuer, par décrets sur toutes les matières, même sur celles qui, incontestablement, dans la métropole, ne peuvent être réglées que par une loi formelle, par exemple la matière pénale. » Nous voyons, en effet, que dans les colonies un décret peut changer, comme il l'entend, l'état des personnes, les droits politiques de ces mêmes personnes, la propriété individuelle alors que dans la métropole les attentats à de tels droits, doivent provenir d'une loi et ceci est très dangereux pour les droits essentiels des individus.

Tout en respectant le principe de la séparation des pouvoirs, la loi offrirait beaucoup plus de garanties, prudemment élaborée et longuement discutée, difficile à modifier une fois votée, abri sûr contre le caprice et l'arbitraire. M. Leroy Beaulieu (« De la colonisation chez les peuples modernes », p. 830) nous dit : « C'est un système déraisonnable à bien des titres; il a pour objet de soustraire aux représentants naturels de la nation l'examen d'affaires qui touchent, gravement, les intérêts nationaux présents et futurs : C'est donc un empiètement du pouvoir exécutif sur les attributions essentielles de la représentation du peuple. » Le régime des décrets, prête, en effet, à l'arbitraire; il crée l'instabilité dans la législation, et finalement il excite la défiance et le mécontentement des colons; il suffit, bien souvent, de l'arrivée au pouvoir d'un ministre possédant des idées opposées à celles de son prédécesseur pour bouleverser complètement certains chapitres de la législation coloniale.

Le pouvoir exécutif se borne souvent à étendre, par décret, aux Colonies, une loi votée par le Parlement, pour la métropole : ceci est assez curieux. Pour que le texte devienne loi pour la métropole, il a fallu de longues discussions et un vote des représentants pour les colonies des groupes *b* et *c*, et pour les pays de protectorat un décret

simple du Chef de l'Etat va leur donner force de loi ! Pour les colonies du groupe *a*, c'est-à-dire les plus anciennes, il faut, tantôt une loi, tantôt un décret en Conseil d'Etat, ou bien enfin un décret simple suffit; cela varie selon les matières envisagées. Quand la loi est ainsi étendue, par le Chef de l'Etat aux colonies, pour ces territoires, elle ne conserve plus que la valeur d'un simple décret, c'est-à-dire que par la suite elle peut être modifiée par un autre décret. Nous pourrions donc assister à ce fait bizarre qu'une loi métropolitaine soit modifiée ou abrogée par le Parlement et qu'elle continue à s'appliquer, sans modification, sous forme de décret, dans la colonie, et à l'inverse, le décret peut être modifié sans que l'on touche à la loi.

Fort heureusement, de nos jours, pour les grandes questions d'ordre général, le Parlement prend, de plus en plus, une grande place dans la législation coloniale. Les Assemblées législatives se sont, en effet, emparées de bon nombre de matières qui étaient, jadis, du domaine exclusif du pouvoir exécutif; ceci est tout à fait légal depuis la déconstitutionnalisation du Sénatus Consulte de 1854. Dès que le Parlement fait une loi sur une matière quelconque, le pouvoir exécutif perd tout droit de modification ultérieure par décret; seule une loi pourra intervenir, dans l'avenir. Très souvent, le législatif étendra aux colonies une loi qu'il vient de voter pour la métropole, mais souvent aussi il fera des lois spéciales.

Le système actuel présente donc de très graves et très nombreux inconvénients; on a cependant essayé de le justifier. On invoque tout d'abord un argument historique : on dit que cette législation a été établie dans une période troublée, qu'à cette époque il fallait beaucoup d'énergie, et que seul le pouvoir exécutif en avait assez. Cet argument n'a plus guère de valeur de nos jours. On a essayé d'en donner une explication juridique en disant que les lois constitutionnelles de 1875 ne doivent s'appliquer qu'à la

métropole, ceci est assez peu démocratique puisque ce principe établit des différences entre les français. On en arrive enfin à une explication pratique, qui semble seule avoir quelque valeur, tirée de la situation sociale et géographique des colonies : différences incontestables de races, de mœurs, de traditions qui subsistent entre les habitants de ces immenses possessions ; civilisations différentes qui demandent chacune une législation particulière. Or, il faut bien constater que, très souvent, le décret est plus apte à tenir compte de la situation sociale de chaque colonie, car il est pris par l'exécutif qui peut être renseigné sur les besoins locaux par les agents ou fonctionnaires qu'il envoie dans chaque colonie. Le Décret est un instrument plus souple, qui s'adapte mieux aux nécessités urgentes et variées qui peuvent se présenter aux colonies. Une fois de plus, nous devons constater que le principe de la séparation des pouvoirs est violé pour des raisons de nécessité. Toutes les raisons que nous venons de donner sont-elles suffisantes pour tenir le Parlement à l'écart de la législation coloniale !

Réforme possible.

Notre système de législation coloniale donne prise à de nombreuses critiques, aussi ne lui ont-elles pas été ménagées, en même temps que l'on proposait de nombreux projets de réforme ; ils sont trop nombreux pour que nous puissions tous les étudier ici ; aussi nous bornerons-nous à indiquer la formule qui nous semble être la plus acceptable. Il faut tout d'abord, à notre avis, poser un principe qui doit servir de base à toute législation coloniale : les colonies sont trop différentes entre elles au point de vue géographique et aussi au point de vue ethnique pour que l'on songe à leur imposer, soit une législation commune, soit une législation semblable à celle de la métropole. Ceci posé, nous sommes obligés de reconnaître que le régime des

décrets donne de bons résultats, au moment de la conquête et pendant la période d'organisation de la colonie; c'est une époque où il faut agir vite et avec fermeté; or ceci est le propre du pouvoir exécutif. Mais une fois que la colonie a atteint un certain stade de développement et de civilisation, pourquoi continuer à appliquer un système qui est, avant tout, un système de conquête et d'organisation; il semble, qu'à ce moment, on devrait généraliser le système des représentants coloniaux aux Assemblées législatives métropolitaines; ils pourraient ainsi eux-mêmes exposer les besoins de la Colonie et toutes les objections que l'on peut faire à cette institution de représentation coloniale n'ont pas une valeur suffisante pour pouvoir l'empêcher de s'établir. Le Parlement de la métropole s'occuperait des grandes questions d'ordre général qui intéresseraient les rapports de la mère patrie avec ses colonies et légifèrerait sur ces matières. Rien d'ailleurs ne l'empêcherait d'établir une loi différente pour chaque colonie, ce qui serait bien mieux. Quant aux questions purement locales, pourquoi ne pas les confier à un Parlement local, sans redouter les abus commis sous la révolution, les mesures ainsi prises seraient visées par le haut fonctionnaire qui, à la tête de la colonie, représente la France. Il nous semble que ce système de nature décentralisatrice respecterait bien mieux le principe de la séparation des pouvoirs, et en même temps offrirait beaucoup plus de garanties aux colons, tout en ne diminuant pas, de façon sensible, les droits de la Métropole.

De nos jours, les grandes nations colonisatrices semblent nettement s'orienter vers ce système. L'Angleterre tend, de plus en plus, à accorder de larges pouvoirs à ses colonies : certaines ont des Parlements locaux qui légifèrent sous le contrôle du Gouvernement; ce ne sont tout de même pas à proprement parler, des Parlements, mais des Conseils législatifs. La Hollande accorde à ses colonies une légis-

lation indépendante sur beaucoup de points. Un tel système pourrait donc, semble-t-il, s'appliquer en France.

La législation coloniale, telle que l'avait prévue le Sénatus Consulte de 1854 portait une atteinte très grave au principe de la séparation des pouvoirs puisqu'il faisait du décret le mode presque exclusif de législation pour les colonies. Fort heureusement, de nos jours, le texte de 1854 ayant perdu toute valeur constitutionnelle, le Parlement tend à soustraire de la connaissance de l'exécutif certaines matières, qui jusqu'alors avaient fait l'objet de décrets de la part du Chef de l'Etat, nous pouvons enregistrer ainsi, sur beaucoup de points, un recul très net du décret devant la loi. La loi prend donc une place prépondérante en cette matière et si ce système ne donne pas toujours entière satisfaction aux colonies, du moins a-t-il l'avantage de mieux respecter le principe de la séparation des pouvoirs.

CHAPITRE IV

Les pleins pouvoirs en temps de guerre.

Nous avons déjà très souvent déploré, au cours de cette étude, la lenteur des débats parlementaires : dans les périodes normales, ceci ne présente tout de même pas de grave danger, mais continuer une telle procédure, alors que le pays est en guerre, constituerait une expérience désastreuse. La guerre nécessite des mesures urgentes ; elle soulève des problèmes capitaux pour la vie de la nation qui exigent des solutions énergiques, promptes et immédiates. Le Parlement ne pourra pas fournir cet effort et, dans bien des cas, l'exécutif suppléera à sa défaillance, soit de sa propre autorité, soit après autorisation des Chambres, par une extension de son pouvoir réglementaire. Nous allons voir que, durant la guerre de 1914-1918, la France, qui ne possédait pas une organisation spéciale prévoyant cette situation, a connu une extension assez considérable des pouvoirs réglementaires mais, qu'à la différence de la plupart des pays belligérants, l'exécutif n'a jamais obtenu le vote d'une loi lui accordant les pleins pouvoirs.

Décrets faits par le Gouvernement de sa propre autorité.

— Le 4 août 1914, le Parlement se réunit en session extraordinaire, vote un certain nombre de lois et se met en vacances jusqu'au 22 décembre 1914, où il se réunit à nouveau, mais pour deux jours seulement et se sépare ensuite jusqu'au deuxième mardi de janvier 1915. Pendant ces premiers mois de guerre, où tout est à organiser, le

pouvoir exécutif va donc agir seul, sans concours ni contrôle du Parlement. Le Président de la République usant de son pouvoir réglementaire, va parer aux besoins les plus pressants par voie de décrets. De nombreux décrets sont ainsi rendus, soit pour restreindre la liberté du commerce, soit pour modifier les conditions normales de l'exercice du droit de propriété, soit pour porter atteinte à la liberté individuelle. Décrets aussi pour réglementer la situation des agents publics, qui ont pour objet de renforcer l'autorité gouvernementale, aussi bien à l'égard des fonctionnaires militaires que des fonctionnaires civils; de ces décrets, un certain nombre semblent tout à fait illégaux, car ils sont pris par le pouvoir exécutif, et sans qu'il ait reçu une autorisation de la part du Parlement, en des matières habituellement réservées au législateur (27 septembre 1914 et 15 janvier 1915). Par la suite, il a fallu voter une loi sur les mêmes matières. D'autres sont en opposition avec les lois : le gouvernement a méconnu systématiquement, dans plusieurs espèces déterminées, les prescriptions légales. Il rend aussi un certain nombre de décrets suspendant l'exécution de la loi (15 août-14-15 septembre 1914).

L'exécutif ne s'en est pas tenu là, même après la réunion des Chambres, il n'hésite pas à user du pouvoir réglementaire, toutes les fois que cela lui paraît nécessaire. Ayant demandé, en 1916, au Parlement de lui accorder des pouvoirs étendus, notamment en matière de ravitaillement, et n'ayant pas obtenu satisfaction, il passe outre, et par une série de décrets, rendus dans l'année 1917 (14, 19, 24 avril et 3 mai 1917) il réglemente au fur et à mesure des nécessités du pays.

Ici, l'exception au principe de la séparation des pouvoirs est nettement caractérisé : le Gouvernement agit comme un véritable législateur pendant les cinq premiers mois de la guerre, prenant toutes les mesures utiles à la vie et à la

défense de la patrie. On s'accorde, en général, pour reconnaître que ces décrets, pris sans habilitation législative, et par conséquent illégaux, présentent un certain intérêt, et il a paru nécessaire, par la suite, de leur faire produire un effet utile : des lois multiples sont intervenues, après coup, pour régulariser la situation de fait créée par ces Règlements. Carré de Malberg s'élève d'ailleurs contre ceci car, dit-il, il ne peut être question de ratification ou de conversion en loi, un tel décret étant un acte primitivement nul ne peut se voir attribuer de valeur rétroactivement.

Duguit admet que, dans certaines circonstances graves, on peut prendre des décrets qui suspendent ou modifient la loi formelle, mais il faut pour cela que deux conditions soient réalisées : que le Parlement se trouve, à cause des circonstances, dans l'impossibilité de se réunir, ou que le Gouvernement annonce qu'il demandera le plus tôt possible, au Parlement, une ratification. Nous chercherions, en vain, une situation semblable en 1914 ! Pendant la guerre le Gouvernement a donc fait, et sans annoncer une ratification postérieure, toute une série de décrets malgré l'existence d'un Parlement normalement constitué, par conséquent en état de fonctionner. La quasi-totalité de ces règlements portaient sur des matières législatives, soit qu'ils eussent pour objet de régler des points qui certainement ne pouvaient l'être que par une loi formelle parce qu'ils touchaient directement à la liberté, à la propriété ou aux contrats, soit qu'ils eussent pour objet de suspendre ou de modifier des lois formelles. Créer du droit, modifier ou suspendre la loi, n'est-ce pas l'apanage exclusif du pouvoir législatif ?

Le Gouvernement a agi, absolument comme si le Parlement était inexistant ; il s'est attaqué aux droits « les plus essentiels » des citoyens, sans être soumis au contrôle des Chambres. Pendant ces quelques mois, la France n'a plus vécu sous un régime parlementaire, mais bien sous un ré-

gime de quasi-dictature exécutive. Le Gouvernement ayant en mains le pouvoir législatif, l'exécutif se substituant ainsi, arbitrairement, au législatif; on pouvait craindre certains abus et il y en eut effectivement quelques-uns, car bon nombre de matières qui ont été réglées par décret auraient pu attendre une loi; mais si l'on envisage la situation chez les autres belligérants où l'exécutif a, en général, reçu des pleins pouvoirs du Parlement lui-même, on peut constater que notre Gouvernement a agi avec une grande modération.

Les lois d'habilitation. — Dès le début de la guerre, par deux lois datées du 5 août 1914, le pouvoir exécutif se voit attribuer le droit de réglementer sur deux matières : la première autorise le Gouvernement à ouvrir par décrets des crédits supplémentaires et extraordinaires; la deuxième permet d'accorder des moratoires. Par la suite, il y en eut toute une série, le 16 octobre 1915, les 17, 20 et 22 juillet 1916. Toutes ces lois autorisaient le Gouvernement à réglementer sur un point précis.

Le 16 décembre 1916, le cabinet Briand demande au Parlement, vu la gravité des événements, de lui accorder des pouvoirs étendus. Ce projet rencontre, devant les Chambres, une très vive résistance, on parle de dictature exécutive. (Voir Bulletin des Lois, p. 757. Chambre des députés. Doc. parl. sess. ord. 1916, pp. 2.677 et suiv. et 2.680 et suiv. Chambre des Députés. Doc. parl. sess. ord. 1916. N° 2.836, p. 1858-1877). violemment combattu par le rapporteur de la Commission, M. Violette, le projet ne fut pas adopté.

La situation devenant de plus en plus critique et l'exécutif prenant, en certaines matières, des décrets illégaux, on reprend, en 1917, le projet de 1916. Léon Bérard défend ce projet qui devait devenir la loi du 10 Février 1918. L'article 1 de la loi explique le but des décrets et l'article 2

édicte des pénalités sévères qui seront attachées aux décrets. Une fois de plus, la nécessité l'emportait, le législateur a compris que dans la matière du ravitaillement, il était incapable, par suite des lenteurs de sa procédure de statuer en temps opportun, et c'est très sagement qu'il s'est déchargé de cette besogne sur le pouvoir exécutif, mais il ne lui a pas, pour cela, laissé pleine et entière liberté. Cette loi, qui accorde au Gouvernement des pouvoirs étendus, puisqu'il peut, par simple décret, réglementer la production, la fabrication, la circulation, la détention, la vente et la consommation de toutes denrées et substances nécessaires à la vie des hommes et des animaux, et qui attache à toute infraction à ces décrets une pénalité, va tout de même les limiter : quant à la durée, puisqu'il ne peut jouer que pendant la durée des hostilités et les six mois qui en suivront la fin; quant à l'objet, puisqu'ils ne portent que sur les matières énumérées par loi, quant au but le souci de la défense nationale. On ajoute, enfin, que ces décrets doivent être soumis à la ratification des Chambres dans le mois qui suivra leur publication (ceci fut, le plus souvent, une simple formalité).

Cette Loi n'accorde donc pas les pleins pouvoirs absolus au Gouvernement, comme cela a joué dans bon nombre de pays de 1914 à 1918. Nous en retrouverons un certain nombre après-guerre, que nous étudierons dans le chapitre suivant beaucoup plus longuement.

Essais de justification. — Nous devons, tout d'abord, mentionner ici que certains pays et en particulier l'Allemagne, organisent, dès le temps de paix, une législation spéciale pour le temps de guerre; c'est le « Notverordnungsrecht » allemand, par exemple. Pour ces pays, de telles mesures de dessaisissement du législatif au profit du pouvoir exécutif sont tout à fait légales; de par cela il a le droit de prendre, chaque fois que la nécessité l'impose, toutes mesures appropriées, même d'ordre législatif.

La plupart des pays ne possèdent pas une telle organisation; on a, toutefois, admis que dans les nations ayant une constitution souple, le législatif pouvait, aisément, confier ses attributions au pouvoir exécutif, mais en France, nos lois ne prévoient pas les ordonnances de nécessité, et notre Constitution est rigide. Que pouvons-nous donc invoquer pour expliquer la conduite du Gouvernement pendant la guerre ?

a) Théorie de la légitime défense. — C'est la théorie de Laband; elle autorise l'emploi, avec un caractère juridique, de moyens illégitimes en temps normal; elle ne peut jouer que pour les états qui prévoient le recours à des ordonnances de nécessité. Cette théorie fait de l'état une entité personnelle, titulaire de droits subjectifs. Ses inconvénients se résument en un seul mot : « l'arbitraire », théorie de pure force, primant le droit. Mais ce droit de nécessité naturel ne peut s'identifier au droit, c'est un fait. Argument pratique et politique, mais non juridique, qui permet de recourir à l'illégalité, qui peut en faire un devoir mais non un droit.

b) Théorie des bills of indemnity. — Pour certains auteurs, le pouvoir exécutif, à défaut d'une législation de prévoyance, à défaut d'une loi de pleins pouvoirs, a le devoir de sortir de la légalité pour pourvoir au salut de l'Etat par des moyens extra-judiciaires, si les moyens ordinaires ne suffisent plus; dans ce cas, il n'a qu'à demander son impunité au Parlement qui est censé représenter la volonté collective. L'amnistie que le Parlement accorde se traduit, soit sous la forme d'un « Bill of indemnity », soit, dans une mesure implicite, sous la forme d'une procédure dite de ratification (Voir Jèze : « L'exécutif en temps de guerre », Barthélémy et Nézard).

Certains auteurs ont aussi essayé de justifier cette extension du pouvoir réglementaire, par une application de la

loi de 1849 sur l'état de siège. Nous ne pouvons admettre une telle théorie car cette loi ne modifie, en rien, les rapports entre le pouvoir législatif et exécutif.

Le Gouvernement essaye de justifier sa procédure en invoquant la nécessité et la quasi-légalité des décrets ainsi rendus. (Voir les rapports du Gouvernement au Président de la République qui précèdent les décrets du 13-15 août et 9 septembre 1914. *J. O.*, mars 1915, p. 1.749.)

Gouet, dans son ouvrage : « La question constitutionnelles des prétendus décrets-lois » (Dalloz, 1932) nous dit qu'il faudrait trouver un moyen d'assouplir la légalité morale, afin de lui permettre de ne pas céder devant la réalité du temps de crise, tout en laissant, au Gouvernement, le pouvoir nécessaire, mais sans pour cela, consacrer l'arbitraire, et c'est ainsi qu'il étudie le rôle du Conseil d'Etat en matière de décrets ainsi rendus (pp. 215 à 245). Il montre que cette jurisprudence ne dispense pas de l'observation de la loi, mais permet, juridiquement, une interprétation plus souple des textes. Il applique, en l'atténuant, l'idée de légalité spéciale au temps de crise, et un renforcement indispensable de l'exécutif. Cette extension, il la trouve dans une interprétation très large de l'article 3 de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875. (Voir arrêts du 28 juin 1918, 14 mars 1920, 4 juin 1924, 31 octobre 1924, etc...). Le Conseil d'Etat, bâtissant cette théorie nouvelle, a soumis à son contrôle et examine les actes dont il s'agit; il s'est fait juge : « Sans faire craquer les cadres de la légalité normale, la jurisprudence administrative a su montrer de façon excellente qu'elle savait assouplir ces cadres dans la mesure que les événements pourraient rendre indispensable... Construction qui arrive à ne prendre à l'idée de nécessité que ce qui est absolument inévitable, et à établir un contrôle très strict d'un pouvoir dont la nature même paraissait être l'arbitraire incontestable » (p. 243).

Nous voyons tout le mal que se donne M. Gouet pour établir une théorie juridique sur cette situation spéciale que crée l'état de guerre; il est, tout de même, obligé de faire appel à la nécessité qui n'a rien de juridique mais qui domine toute la matière. Sans doute, réduit-il, dans sa théorie, le domaine qu'elle occupe, mais il ne peut la supprimer complètement.

Attitude de la Jurisprudence.

Le Conseil d'Etat, nous l'avons déjà signalé, se montre tout disposé à accorder pleine validité aux décrets-lois : il considère qu'en les prenant, le Président de la République ne fait qu'user, légalement, des pouvoirs qu'il tient de l'article 3 de la L. C. du 25 février 1875. Dans un arrêt célèbre, l'arrêt Heyries, en date du 28 juin 1918, le Conseil d'Etat s'occupe de la légalité du Décret du 10 septembre 1914; pour le justifier, il invoque : 1° Que la base politique du règlement incriminé est toujours le pouvoir réglementaire prévu par l'article 3 L. C. du 25 février 1875; 2° Ce pouvoir est élargi en vertu des nécessités de la Défense nationale; 3° Cet élargissement s'opère par la latitude accordée au Président d'édicter des mesures « *contra legem* », en vue d'assurer le fonctionnement des services nécessaires à la Défense nationale; 4° En conséquence, il n'est pas tenu au respect des lois qui contrecarrent ce but, et il peut les modifier, valablement, par décret, sauf à ce que ces décrets soient ratifiés par le Parlement. (Voir arrêt Heyriés. Rec. p. 651; R. D. P., 1924, p. 595 et suiv., et S. 1922, note Hauriou.) Un certain nombre d'arrêts, plus récents, ont encore reconnu la légalité des décrets et considéré comme légitimes les empiètements commis par le pouvoir exécutif sur le domaine législatif normal, en vertu des nécessités d'urgence du temps de guerre. (Arrêt Fabre, 16 janvier 1920, 14 mars 1920 (Rec. p. 449), 9 juillet 1920 (Rec. p. 681), etc.). La jurisprudence administrative se

montre donc plutôt favorable à cette législation spéciale.

La jurisprudence judiciaire, à l'instar des décisions en matière d'état de siège, a refusé la légalité et, en conséquence la force obligatoire à plusieurs de ces décrets, disant qu'un décret ne peut modifier une loi antérieure, même pour procurer l'exécution d'une autre loi. La Cour de cassation semble donc ne pas admettre la notion d'état de nécessité. La jurisprudence est très nette ici; elle considère comme illégaux les décrets qui empiètent sur le domaine législatif, même si cet empiètement se produit sous l'empire de la nécessité, et dans l'intérêt de la Défense nationale. (Voir arrêts 16 et 30 novembre, 2 décembre 1916 et 18 janvier 1917, D. 1917-1-41, etc...)

Pays étrangers.

Si en France l'extension du pouvoir réglementaire a quelquefois empiété sur le domaine législatif, en beaucoup d'autres points, la collaboration des deux organes a continué. Dans d'autres pays, au contraire, soit le Chef de l'Etat, soit le Gouvernement, ont exercé plus ou moins complètement le pouvoir législatif, ayant reçu du Parlement les pouvoirs les plus étendus. En Allemagne, une loi du 4 août 1914 accorde au Bundesrath les pleins pouvoirs en application du Notverordnungsrech. Le Parlement anglais, jusqu'alors opposé à l'extension du pouvoir réglementaire, a pendant la guerre confié au Gouvernement de véritables pleins pouvoirs par les Défense of Realm Acts (D. O. R. A.) du 8-28 août et 27 novembre 1914. En Autriche-Hongrie, l'exécutif reçut des pouvoirs exceptionnels par la Loi du 16 octobre 1914. Une Loi du 4 août 1914 accorde les pleins pouvoirs au gouvernement belge. Le gouvernement canadien se voit, lui-même, conférer certains pouvoirs par une loi du 22 août 1914. Le Ministère Salanda obtient en Italie des pouvoirs sans limitation par la Loi du 22 mai 1915 (N° 283). Au Portugal, un certain nombre de lois :

24 octobre 1914 (N° 283), 2 septembre 1915 (N° 373), 4 mai 1916 (N° 523) vont accroître, progressivement, les pouvoirs du Gouvernement. En Roumanie, le 2 août 1918, le Parlement, réuni à Jassy, vote une loi autorisant le Gouvernement à agir, par tous les moyens, pendant la durée de la guerre. La Suisse, par une loi du 3 août 1914 (articles 3 et 5), accorde les pleins pouvoirs au Conseil fédéral. Aux U. S. A., bien qu'en temps normal, le Président de la République ne possède pas de pouvoir réglementaire, en application d'une stricte séparation des pouvoirs, une loi Overman, du 21 mai 1917, lui donne des pleins pouvoirs et en fait, en quelque sorte, un dictateur. Ces quelques exemples nous montrent, très clairement, que tous les états poussés par une nécessité impérieuse, en période de guerre, ont été obligés de recourir à une telle extension du pouvoir réglementaire, souvent même beaucoup plus considérable qu'en France.

Conclusion.

La guerre de 1914-1918, par sa longue durée et par ses répercussions sur toute l'économie nationale, a exigé un régime spécial pour l'établissement duquel des mesures urgentes ont été nécessaires et qui ne pouvaient guère être prises, en temps opportun, que par l'exécutif. Ceci constitue donc une dérogation au régime de la légalité du temps de paix, et viole le principe de la séparation des pouvoirs. Le Gouvernement s'est, en quelque sorte, érigé dans la posture d'un « dictateur pour le bien ». L'histoire rendra cependant cette justice au pouvoir exécutif, qu'il a toujours manié cet instrument, qui eut pu devenir, dans ses mains, terriblement dangereux, avec une modération qui ne s'est jamais démentie. Les pleins pouvoirs n'ont jamais été accordés, dans notre pays, et l'opinion publique n'a jamais élevé la moindre objection contre toutes ces mesures qui avaient pour objet de mieux coordonner les forces de la nation pour les opposer à l'envahisseur.

Le Parlement, en temps de paix, a souvent bien de la peine à suffire à sa tâche, combien plus serait-il débordé, en temps de guerre, où comme nous l'avons déjà dit, il importe avant tout d'agir et d'agir vite; or l'action est le fait d'un seul ou de quelques-uns, et le Parlement est un instrument trop lourd à manier. Dans les moments aussi graves que ceux qu'a connus la France pendant la guerre de 1914, le salut du pays doit passer avant tout. Le Gouvernement ne doit pas reculer devant de courageuses et hardies innovations pour défendre la patrie en danger, tout en s'efforçant, bien entendu, de s'éloigner le moins possible de la légalité. Des circonstances exceptionnelles ont imposé l'élargissement du pouvoir réglementaire; à côté des nécessités impérieuses de la Défense nationale les considérations doctrinales les plus solides ont paru bien légères, et dans bon nombre de pays, encore plus qu'en France, les textes les plus rigides n'ont pas pu résister, longtemps, à la pression des besoins vitaux. S'obstiner, en de telles circonstances, à vouloir respecter les anciennes règles, serait une expérience dangereuse, fatale peut-être.

On a souvent demandé l'établissement, en France d'une législation spéciale au temps de guerre, comme l'ont fait plusieurs pays, après la signature de la paix. Notre pays poursuivant avec confiance son idéal de paix n'a point voulu, par une telle mesure, envisager la possibilité d'une guerre future. Pourtant si, dans l'avenir, une guerre nous était imposée, il semble que le pouvoir exécutif pourrait adopter une attitude identique à celle de 1914, sans que cela soulève de trop grandes objections puisqu'il a su, dans le passé, répondre aux nécessités pressantes, par des mesures aussi rapides que modérées, évitant de recourir aux lois de pleins pouvoirs, qui ont fait régner, dans certains pays, une véritable dictature exécutive, se contentant de suppléer au Parlement dans les cas urgents.

CHAPITRE V

Les Décrets-lois.

La guerre de 1914-1918 ayant consacré une extension assez considérable du pouvoir règlementaire, on pouvait, tout de même, espérer qu'une fois l'armistice signée, tout allait rentrer dans l'ordre et que les pouvoirs exécutif et législatif allaient reprendre leur collaboration : c'est d'ailleurs ce qui se produisit dans la majorité des cas. Cependant, au lendemain de la guerre, notre pays, qui avait déjà si chèrement payé la victoire en vies humaines, se trouve ruiné : la dette intérieure s'élevait à 240 milliards et la dette extérieure à trente-six. La France devait payer par ses seuls moyens les intérêts de cette dette formidable en essayant de la consolider; elle devait, seule, aider dix départements envahis à se relever de leurs ruines, secourir les éprouvés, pensionner les blessés, indemniser les familles des morts tout en continuant à assurer la sécurité du pays et à maintenir le Crédit national. Devant une telle situation, presque aussi tragique qu'en 1914, le Parlement, impuissant à trouver une solution, fut obligé de consentir l'attribution de pouvoirs, plus ou moins étendus, et en certaines matières seulement, au Gouvernement et ce furent les Décrets-lois.

Historique.

Ce n'est pas la première fois que nous voyons, en France, le pouvoir exécutif légiférer ainsi en temps de paix, mais les précédents ont eu lieu à une époque où le Gouvernement

exerçait, en quelque sorte, une dictature ou bien à la suite d'une révolution ou d'un Coup d'Etat et se trouvait seul à la tête de l'Etat, sans Parlement légalement constitué. Nous voyons tout d'abord, Napoléon I^{er} rendre un certain nombre de décrets dans des matières qui, normalement, étaient de la compétence du législateur; ces décrets, d'après la Constitution de l'An VIII pouvaient être attaqués dans les dix jours pour inconstitutionnalité. Ceux qui n'ont pas été attaqué ont conservé force de loi, même après la chute du Premier Empire. Le Gouvernement provisoire de 1848 prend aussi un certain nombre de décrets qui ont force législative, par exemple celui du 5 mars 1848 qui établit le suffrage universel. Des décrets réglant des matières législatives ont été aussi rendus du 2 décembre 1851 au 14 janvier 1852; ils ont tous été ratifiés par l'article 58 § 2 de la Loi constitutionnelle du 14 janvier 1852 qui ratifie, même par avance, ceux que le Gouvernement est autorisé à prendre jusqu'au 29 mars 1852. Le Gouvernement de la Défense Nationale, du 4 septembre 1870 au 12 février 1871, prend aussi un certain nombre de décrets ayant force législative.

Ces décrets sont bien à proprement parler des Décrets-lois car ils ont eu, dès leur apparition, dans l'esprit du pouvoir exécutif qui les édictait, la force spéciale attachée à la loi formelle, et ils ont toujours conservé ce caractère. Mais, comme nous l'avons déjà signalé, ils sont, en général, issus de gouvernements de fait, au lendemain d'une révolution ou d'un exécutif à tendance dictatoriale. Ces Gouvernements ayant en main tous les pouvoirs, on ne saurait discuter la valeur de tels décrets.

A côté de cela nous avons aussi quelques précédents en matière de lois d'autorisation. Ces lois, issues du Parlement, autorisent le Gouvernement à réglementer en des matières, qui très certainement étaient auparavant réservées à la compétence législative. Ces autorisations étaient accordées soit à charge de respecter tout ou partie des

lois formelles antérieures, soit même avec la possibilité de modifier les lois existant déjà en la matière. Nous pouvons ainsi citer : les lois des 3 mars 1825 et 15 février 1902 en matière de Police, les lois du 27 janvier 1822, du 28 juillet 1823 et du 10 février 1910 en matière pénale. Nous pourrions aussi citer ici toutes les lois autorisant le Gouvernement à réglementer en matière douanière. Toutes ces autorisations sont très spéciales et ne peuvent être comparées à celles de nos jours.

Les Décrets-lois.

Au lendemain de la guerre de 1914-1918, nous nous trouvons en face d'une loi d'autorisation d'un caractère un peu spécial et que nous allons étudier tout d'abord. Le traité de Versailles ayant consacré le retour de l'Alsace et de la Lorraine à la France, il fallait se préoccuper de l'introduction de notre législation dans ces deux provinces. Le Gouvernement avait demandé qu'on lui accordât de larges pouvoirs pour procéder à l'introduction de la législation tant publique que privée. Le Parlement repousse, tout d'abord, cette demande disant, avec raison, que seul il pouvait le faire ; il admit cependant que, dans certains cas, il serait indispensable d'agir vite et que pour cela il fallait accorder certains pouvoirs à l'exécutif, et ce fut la loi du 17 octobre 1919. L'article 1 définit l'organisme chargé d'assurer le fonctionnement de ce régime. L'article 2 fixe les bases du régime provisoire. L'article 3 assure que les dispositions législatives et réglementaires, actuellement en vigueur, sont maintenues jusqu'à l'introduction des lois françaises. Les articles 4 à 7 autorisent, exceptionnellement, l'introduction des dispositions législatives françaises par voie de décret, en cas d'urgence. Toutefois, l'usage des décrets est limité par la loi elle-même : ils doivent être ratifiés par les Chambres dans le délai d'un mois. Ce régime est

abrogé par l'article 7 de la loi du 24 juillet 1925 : à dater de l'expiration du délai de un an, à compter de sa promulgation, l'Alsace-Lorraine rentre dans le droit commun du régime de l'introduction par voie législative.

1924. — Au début de l'année 1924, la France se trouve dans une situation périlleuse : depuis plusieurs mois le cours du change présentait des variations qui devenaient de plus en plus inquiétantes; la finance internationale s'efforçait de provoquer ainsi un changement de notre politique étrangère, quant aux réparations. Le 17 janvier 1924, le Président du Conseil, M. Poincaré, dépose sur le bureau de la Chambre, un projet tendant à accorder au Gouvernement de larges pouvoirs pour lui permettre de créer de nouvelles ressources fiscales et de réaliser des économies. Le projet devient la Loi du 22 mars 1924 ainsi conçue : Article 1, alinéa 2 : « Le Gouvernement est autorisé, pendant les quatre mois qui suivront la promulgation de la présente loi, à procéder par des décrets rendus en Conseil d'Etat, après avoir été approuvés en Conseil des ministres, à toutes réformes et simplifications administratives que comportera la réalisation de ces économies. » Article 2 : « Lorsque les mesures prises nécessiteront des modifications aux lois en vigueur, les décrets seront soumis à sanction législative dans un délai de six mois. » Cette loi n'eut jamais l'occasion de s'appliquer car les élections du 11 mars qui se firent contre les Décrets lois amenèrent un déplacement de l'axe politique. L'article 40 de la loi budgétaire du 10 mars 1925 abroge la loi de 1924. Ce procédé avait violemment été attaqué par Herriot qui, au cours de la séance du 6 février 1924, proclame : « Quand un Parlement se dessaisit à la fois du droit de contrôler les dépenses et les ressources, et du droit de faire des lois, ce n'est plus un Parlement. » Attaqué aussi par les socialistes, car la réforme

à accomplir devait porter sur l'Administration, la Justice et les Finances, c'est-à-dire sur l'organisation fondamentale de la France.

1926. — Le 15 juin 1926, en présence de l'ascension des charges et de ses divergences de vue avec la Banque de France, au sujet de l'utilisation de la masse Morgan, Raoul Péret, ministre des finances, donne sa démission et cela entraîne la chute du Cabinet Briand dans le courant de la même journée. Le 23 juin, après de laborieuses négociations, Briand constitue un nouveau ministère avec Joseph Caillaux aux finances. Le 6 juillet, Caillaux demande au Parlement de lui accorder de pleins pouvoirs pour rétablir la situation financière en France. MM. Blum, Malvy, Tardieu et Marin se prononcèrent contre cette délégation. Le 16 juillet, le Gouvernement dépose son projet qui repose sur la délégation au pouvoir exécutif de certaines attributions essentiellement législatives. Le 18 juillet, Herriot s'oppose avec la dernière énergie au projet et termine en disant : « Messieurs du Gouvernement, collaborez avec le Parlement, ne le supprimez pas. » Le ministère tombe le même jour. Le 19 juillet, ministère Herriot; le 20, la Livre monte à 240; le 21, chute du ministère Herriot. Le 23 juillet, Poincaré forme un ministère d'union nationale. Le 28 juillet, il demande des pouvoirs étendus pour procéder à des réformes urgentes; le 3 août, le Parlement consent au Gouvernement une délégation de pouvoirs, tout de même moins étendue que celle demandée par Caillaux : Article unique : « Le Gouvernement est autorisé à procéder par décrets, jusqu'au 30 novembre 1926, à toute suppression ou fusion d'emplois, d'établissements ou de services. Lorsque ces mesures nécessiteront soit des modifications à des organisations, formalités ou procédures fixées par la loi, soit des annulations ou transferts de crédits, elles devront être soumises à la ratification des Chambres dans un délai de trois mois. »

1934. -- Du 29 juillet 1929, date de la chute du ministère Poincaré, jusqu'à fin janvier 1934, quatorze ministères se sont succédés; la situation s'aggrave encore à partir de 1932, en moins de treize mois le Parlement renverse cinq ministères. En Décembre 1933, le Ministère, désireux de réaliser l'équilibre budgétaire obtient des Chambres le vote de la Loi du 23 décembre 1933 qui pose le principe d'une réforme administrative. Le Ministère tombe fin Janvier 1934, sans avoir eu le temps d'agir. Puis ce furent les événements du 6 février 1934, causés par l'indignation générale en présence des scandales retentissants et devant la carence du Parlement qui se montre, manifestement, impuissant à opérer le redressement financier et budgétaire qui s'imposait. Doumergue, porté au pouvoir par la volonté populaire, organise le 10 Février un Gouvernement d'Union Nationale, moins les socialistes. Les Chambres comprennent, à ce moment, qu'il leur faut céder au mouvement populaire ou disparaître : elles ont donc cédé par peur. La délégation de pouvoirs à l'autorité gouvernementale se fit en deux temps. L'article 36, de la loi de finance du 1^{er} mars 1934 porte : « Le Gouvernement est autorisé, jusqu'au 30 juin 1934, à prendre, nonobstant toutes dispositions législatives contraires, par décrets rendus en Conseil des ministres et contresignés du Président du Conseil, les mesures d'économie qu'exige l'équilibre budgétaire. Ces décrets seront soumis à la ratification des Chambres avant le 31 octobre 1934. Ils auront force exécutoire jusqu'à décision du Parlement. » Les projets de Doumergue étaient beaucoup plus vastes (Voir le journal « Le Temps », du 6 avril 1934, p. 3). Son projet final devint la Loi du 6 juillet 1934 qui l'autorise à procéder, tant à la refonte de nos impôts, avec le souci d'en diminuer le poids, qu'à la codification de la législation fiscale par voie de décrets (Voir « Journal officiel » du 7 juillet 1934). L'article 1 prévoit que la réforme fiscale sera réalisée selon les prin-

cipes fixés et dans les limites tracées par la présente loi. Dans les articles 2 à 10, on énumère les matières sur lesquelles vont porter les décrets. L'article 11 envisage les mesures à prendre pour prévenir et supprimer la fraude et l'évasion fiscale et enfin l'article 13 stipule : « Les décrets nécessaires à la réalisation de la réforme édictée par la présente loi doivent intervenir avant le 31 juillet 1934 et être soumis, avant le 31 octobre 1934, à la ratification des Chambres. Ces décrets auront force exécutoire jusqu'à décision du Parlement. » Article 14 : « Il sera procédé, par décret, à la codification de la législation fiscale française. Ces décrets seront soumis à la ratification des Chambres avant le 31 décembre 1934; ils auront force exécutoire jusqu'à décision du Parlement. »

1935. — En 1935, notre situation financière est, à nouveau, désastreuse; une loi du 8 juin 1935 donne, à Pierre Laval, le droit de prendre des décrets pour éviter la dévaluation de la monnaie, lutter contre la spéculation et défendre le franc. Article unique : « En vue d'éviter la dévaluation de la monnaie, le Sénat et la Chambre des députés autorisent le Gouvernement à prendre par décrets, jusqu'au 31 octobre 1935, toutes dispositions ayant force de loi pour lutter contre la spéculation et défendre le franc. Ces décrets pris en Conseil des ministres seront soumis à la ratification des Chambres avant le 1^{er} janvier 1936. »

1937. — Le Gouvernement Léon Blum est renversé par le Sénat dans la nuit du 20 au 21 juin 1937, pour avoir demandé les pleins pouvoirs en matière financière, qui lui avaient été accordés par la Chambre le 15 juin. Camille Chautemps le remplace et demande aussitôt, à son tour, les pleins pouvoirs, et dépose un projet que la Chambre adopte après un exposé particulièrement clair de la situation désastreuse de nos finances à la Commission, dans la nuit du 29 au 30 juin. Dans l'après-midi du 30, Abel

Gardey, rapporteur général à la Commission des finances du Sénat, fit un admirable discours, dans lequel il demande l'adoption du projet du Gouvernement à la Haute-Assemblée et cela devint la loi du 31 juin 1937. Article unique : « Le Gouvernement est autorisé, jusqu'au 31 août 1937 à prendre, par décrets délibérés en Conseil des ministres, toutes mesures tendant à assurer la répression des atteintes au crédit de l'Etat, la lutte contre la spéculation, le redressement économique et la défense sous contrôle du change, de l'encaisse de la Banque de France. Ces décrets seront soumis à la ratification des Chambres dans les trois mois de la promulgation de la présente loi ou, en tous cas, à la première séance de la session extraordinaire de 1937. »

1938. — Devant la gravité de la situation financière et pour faire face aux exigences de la Défense nationale que le réarmement intensif de la plupart des pays du monde a rendu plus pressantes, Camille Chautemps pense, à nouveau, demander les pleins pouvoirs, mais le 9 mars 1938, se rendant compte que sa demande sera mal accueillie, il démissionne sans attendre le vote des Chambres. Léon Blum lui succède et tente en vain de réaliser un ministère d'Union Nationale. Au début d'avril, il demande aussi les pleins pouvoirs, le Sénat les lui refuse et renverse le Ministère le 9 avril. Le 10 avril, Edouard Daladier forme le nouveau Ministère et vu la gravité de la situation tant intérieure qu'extérieure demande, le 11 avril, les pleins pouvoirs pour assurer le redressement financier et la Défense nationale. Le Ministre des finances fit un exposé très net de la situation à la Chambre, le 13 avril; celle-ci comprit l'appel pressant qu'on lui adressait et par 508 voix contre 12 accorde les pleins pouvoirs au Gouvernement. M. Frossard défend le projet au Sénat qui, sur un rapport favorable d'Abel

Gardey, adopte le projet à l'unanimité moins une voix. Le projet devint la Loi du 14 avril ainsi conçue : Article unique : « Le Gouvernement est autorisé, jusqu'à la clôture de la session ordinaire des Chambres et au plus tard jusqu'au 31 juillet 1938 à prendre, par décrets délibérés en Conseil des ministres, les mesures qu'il juge indispensables pour faire face aux dépenses nécessitées par la Défense nationale et redresser les finances et l'économie de la Nation. Ces décrets seront soumis à la ratification des Chambres au cours de la session extraordinaire et au plus tard le 31 décembre 1938. » Le Gouvernement Daladier, après avoir mis le Parlement en vacances jusqu'au 31 mai, pour être plus tranquille, se met aussitôt au travail. En juin, les Chambres se réunissent, quelques jours, et partent en vacances le 18 juin.

Les décrets issus de ces lois d'autorisation ne ressemblent ni aux règlements autonomes, ni aux règlements d'administration publique; ces derniers ont pour mission de compléter la loi, les décrets-lois ont un tout autre but : le plus souvent ils suspendent, modifient ou abrogent cette loi.

Le nom même qu'on leur donne a été très souvent critiqué. Peiwei-s.s.-Lui (« De l'élargissement du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat en France » Thèse Paris, 1934, page 85) va tout de même le défendre ainsi : « Le nom de Décret-loi a été critiqué; cependant il exprime bien, non seulement que l'on se trouve en présence d'un droit qui ne pourra plus être modifié que par une loi lorsqu'il aura été ratifié par le Parlement, mais encore que l'on se trouve en présence d'un acte réglementaire qui modifie, valablement, une loi par suite d'une entorse au principe de la subordination du règlement à la loi. » Antoinette Pichat (« Les décrets en matière législative », Thèse Paris, 1935, pp. 150 et suiv.) semble, plus juste-

ment, les nommer « décrets en matière législative ». Quant à nous, nous ne pousserons pas plus avant la discussion et nous adopterons le terme de Décret-loi qui est le plus connu.

Essai de justification. — Ce procédé nous semble, pour le moins bizarre. Nous voyons le Parlement se dessaisir d'une partie de ses attributions pour les confier au pouvoir exécutif. Comment pouvons-nous expliquer cela ? Plusieurs théories ont été émises pour essayer de trouver une justification juridique à ce procédé; nous allons les passer en revue brièvement.

La théorie de la délégation a été la première émise en cette matière, soutenue par Aucoq, Lafférière, Batbie jusqu'à la fin du XIX^e siècle; elle a été violemment attaquée par Esmein et Hauriou et la majorité des auteurs l'ont, aujourd'hui, abandonnée. Le Conseil d'Etat, de même, ne reconnaît plus ce caractère de délégation depuis l'arrêt des grandes Compagnies du 6 décembre 1907 (S. 1908-3-1). Nous avons vu que cette théorie ne pouvait se défendre puisqu'il n'appartient pas au Parlement d'abandonner une compétence exclusive qui s'impose à lui, en vertu d'un texte supérieur. De nos jours, le terme de délégation étant si commode, il est encore fréquemment employé, mais on ne lui donne pas le même sens qu'au XIX^e siècle. Cette théorie est donc à rejeter puisqu'elle se révèle inexacte et que rien, dans la Constitution, ne nous permet de l'accepter.

Hauriou, dans une note sous l'arrêt Ségalas (S. 1928-3-113) nous dit qu'il ne faut pas voir une délégation de pouvoirs, mais une délégation de matières.

Bonnard propose d'expliquer les lois extensives de compétence et l'effet qu'elles ont de permettre de modifier la loi par l'idée de suspension de la subordination du décret à la loi (Voir « Les Décret-lois Poincaré », R. D. P., 1927, p. 248).

Duguit analyse ceci en une ratification anticipée qui serait accordée, par la Chambre, aux règlements dont elle autoriserait l'émission. (Voir Duguit, R. D. P., 1924, p. 325) et il nous dit : « Il paraît bien de plus en plus certain que cette ratification anticipée est admise, sinon par la loi constitutionnelle écrite, du moins par la loi constitutionnelle coutumière. » Le principe est très discutable; il faut aussi admettre que la coutume constitutionnelle ait une telle valeur.

Une théorie, à laquelle se rattachent un certain nombre d'auteurs est celle dite de la « Déformalisation » ou du « déclassement ». Cette théorie admet que la loi d'autorisation serait une simple délimitation de compétence accompagnée d'une déformalisation, c'est-à-dire d'un déclassement de certains textes législatifs.

Toutes ces théories ne peuvent arriver à éclaircir, suffisamment, la question et montrent la difficulté qu'il y a à trouver une explication juridique à cette procédure imposée par les événements, et où l'on est, une fois de plus, tenté de dire que « nécessité fait loi ».

Domaine du Décret-Loi. — Le pouvoir judiciaire n'ayant pas le droit d'entreprendre la censure des actes du Parlement, il n'y a donc pas de jurisprudence qui autorise ou qui condamne le fait pour les Assemblées législatives, qui vont, par cela même être pratiquement maître d'étendre à leur gré les aptitudes réglementaires du pouvoir exécutif. Du fait que les domaines de la loi et du règlement ne sont pas nettement délimités, il n'est que de très rares matières expressément prévues par la Constitution sur lesquelles le Parlement ne peut consentir une extension du pouvoir réglementaire. Bonnard nous dit (R. D. P., 1927, p. 248) que le Parlement est maître de déterminer le domaine dans lequel pourra s'exercer la compétence du Gouvernement. Il peut donc autoriser le Gou-

vernement à réglementer, par Décrets-lois, sur toutes les matières qui normalement sont de sa compétence, sauf sur celles qui lui sont expressément attribuées par la Constitution.

La majorité des auteurs admet cela, mais elle reconnaît aussi qu'il est nécessaire de limiter cette autorisation. Il faut que les Chambres n'abdiquent jamais l'ensemble du pouvoir législatif; elles ne peuvent renoncer à la totalité de leurs attributions. De même, ces lois d'autorisation doivent être essentiellement temporaires.

Les Décrets-lois et la séparation des pouvoirs. — Nous avons ici une des exceptions les plus flagrantes au principe de la séparation des pouvoirs. La Constitution est formelle sur un point : le pouvoir législatif s'exerce par les deux Chambres, article 1, loi constitutionnelle du 25 février 1875. L'article 3 § 1 de la même loi ne reconnaît au pouvoir exécutif que le droit d'assurer et de surveiller l'exécution de la Loi. Sans doute, depuis longtemps, lui avait-on reconnu un pouvoir réglementaire qui lui permettait de compléter la Loi, sur certains points où elle était trop obscure, mais on ne lui avait jamais permis de toucher à la loi ancienne. Les lois d'autorisation, dont nous sommes forcés d'admettre la nécessité, sinon la légalité absolue, donnent au Gouvernement le pouvoir d'édicter des dispositions générales et impératives qui suspendent, modifient ou même abrogent des lois existantes, on étend donc ici le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat, tout en dépouillant le législateur d'une partie de ses attributions dont quelques-unes considérées jusqu'ici comme essentielles. En effet, ces autorisations se font, le plus souvent, en matière financière, or depuis la Révolution jusqu'à nos jours, sauf dans le domaine des droits de douane, jamais le pouvoir législatif ne s'était démunî, même temporairement, de son privilège d'établir l'impôt; entendons ici : con-

tributions directes et indirectes, droits d'enregistrement, etc... L'attentat à la propriété privée que représente la création d'un nouvel impôt est, de toute évidence, de la compétence du Parlement, et il a fallu des périodes de crise aiguës pour amener le pouvoir législatif à se dépouiller au profit du Gouvernement de cette prérogative. Cette abdication, même momentanée, nous semble d'autant plus curieuse que le pouvoir législatif tend, de plus en plus, de nos jours, à prendre une place prépondérante dans la direction des affaires de l'Etat, mais en étudiant plus à fond ce phénomène, peut-être trouverons-nous, justement, une explication de cette situation ! La Constitution, nous l'avons déjà dit, a donné pour mission essentielle au Parlement, celle de confectionner des lois et du fait que nous vivons sous un régime parlementaire lui a permis aussi de contrôler les actes de l'exécutif. Or, de nos jours, les Assemblées représentatives ont tendance à regarder comme accessoire le travail législatif, objet constitutionnel de leurs attributions et elles ont pensé, non sans danger pour la marche des affaires du pays, que l'essentiel de leur mission devait être le contrôle de l'exécutif. Au lieu de passer leur temps à faire de la saine législation, sagement étudiée et longuement préparée, elles le passent à juger les actes du Gouvernement et à renverser des ministères, autrement dit, elles font surtout de la politique, sans s'occuper principalement des besoins législatifs du pays. Dans les périodes de prospérité économique et d'équilibre financier, ceci ne présente peut être pas un grave danger, mais il n'en est pas de même dans les moments de crise. Dans ces moments-là, le Parlement se sent incapable de se ressaisir, d'accomplir sa fonction législative et il confie une partie de ses pouvoirs au Gouvernement. Certains ont voulu voir dans cet acte une preuve de la force du pouvoir législatif qui se sent tellement supérieur au pouvoir exécutif qu'il n'hésite pas à lui confier quelques-unes de ses attributions. Quant à

nous, nous y voyons simplement une preuve de la carence du Parlement. Pierre Laval avait d'ailleurs dit, avec juste raison, « je crains bien que le régime parlementaire ne soit valable que dans des périodes de prospérité et de facilité ».

Certains auteurs, mais surtout de nombreux parlementaires, sont allés jusqu'à parler, à ce propos, de la dictature consentie par le pouvoir législatif renforçant par ce mot de dictature l'impression de confusion de tous les pouvoirs entre les mains du Gouvernement. Nous verrons, cependant, dans les développements qui vont suivre, que l'usage que firent nos gouvernants, des pouvoirs que leur ont conféré les lois d'autorisation a été en général assez modéré. Cette pratique n'en reste pas moins dangereuse et tout à fait anormale.

Analyse des Décrets-lois. — Demandons-nous, tout d'abord, quelle est la nature juridique du Décret-loi. Lorsque le pouvoir exécutif reçoit, par une loi, des attributions de nature législative, les actes qu'il accomplit dans l'exercice de la mission qui lui est ainsi conférée sont-ils législatifs ou administratifs ? Tout le monde est, à peu près d'accord pour reconnaître de nos jours que le décret-loi est, avant sa ratification, un acte administratif. En conséquence, jusqu'à cette ratification par le Parlement, ces décrets peuvent faire l'objet de recours pour excès de pouvoir ou de contestation pour illégalité devant l'autorité juridictionnelle. Ceci nous permet de dire qu'un décret, acte essentiellement administratif, peut modifier une loi, acte essentiellement législatif ! Cette « bizarrerie » avait été signalée par Paul Boncour (*J. O.*, Débats parlement, Chambre, 5 février 1924, p. 487) et par Rolland (« Le projet du 17 janvier et la question des Décrets-lois », *R. D. P.*, 1926, p. 60).

Les diverses lois d'autorisation que nous avons connues ont un grand nombre de caractères communs. Elles ont tenu à ne donner compétence au pouvoir exécutif que dans certaines limites qu'elles ont elle-même tracées et que nous allons rappeler ici. Toutes prévoient un temps plus ou moins long pendant lequel le Gouvernement pourra prendre des décrets; il n'y a jamais eu de dessaisissement définitif. Elles prévoient de même l'objet sur lequel doivent porter les décrets; elles énoncent aussi le but en vue duquel ils s'exercent; les décrets, ainsi rendus, sont soumis à la ratification des Chambres dans un délai en général assez bref. Elles présentent cependant aussi quelques différences quant à l'étendue des pouvoirs accordés et quant à l'indication des matières sur lesquelles on peut décréter. Cette dernière avait été assez restrictive en 1926, mais devient de plus en plus vague. Souvent d'ailleurs, les décrets émis en vertu de ces lois d'autorisation ne respectent pas strictement les limites fixées par la loi et en particulier les décrets de 1926, leur but étant avant tout une amélioration du régime administratif; les économies ne furent qu'un accessoire puisque certains décrets causèrent même un surcroît de dépenses. Le Gouvernement, sous le couvert d'économies à réaliser a surtout cherché à aboutir à une réforme de quelques branches de l'Administration (Voir Bonnard, R. D. P., 1927, p. 248). Ceci va se produire, de même en 1934 et 1935; le but des décrets étant vaste et mal délimité, nous avons une avalanche de textes nouveaux qui n'ont souvent que de très lointains rapports avec le redressement de la situation financière. La même politique continue en 1937 et 1938.

Le dessaisissement du Parlement, a-t-on dit, n'est d'ailleurs pas complet du fait que toutes ces lois d'autorisation sont assorties de la clause de ratification. Notons, en passant, que le terme est très mal choisi car ratifier signifie couvrir la nullité relative d'une opération; or ici nous

n'avons rien de semblable. Jusqu'à la ratification, le décret reste un acte administratif et comme tel peut être attaqué : susceptible de recours pour excès de pouvoir. Une fois ratifié, le décret devient loi et, comme tel, ne peut plus être modifié que par une loi, sauf le cas où le Gouvernement se trouve encore dans la limite du temps accordé par le Parlement pour prendre des Décrets. Les décrets déposés, mais non ratifiés en temps utile, restent en attendant l'examen du Parlement des actes administratifs valables (Voir Conseil d'Etat, 30 mai 1930, « Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers » et « Syndicat professionnel des épiciers en détail », conclusions de M. Josse dans R. D. P., 1930, p. 530, 535 et 539). Jèze est aussi du même avis (R. D. P., 1921, p. 541). Si on refuse de ratifier le décret, celui-ci tombe et Duguit nous dit que le décret est nul même dans le passé; avec Jèze, nous ne pensons pas du tout comme lui, le décret conserve pleine valeur dans le passé; il ne tombe que pour l'avenir. La clause de ratification n'offre d'ailleurs qu'une garantie illusoire, la plupart des Décrets sont exécutoires dès leur promulgation, donc au moment de la ratification on met le Parlement devant le fait accompli; on comprend qu'à ce moment les Assemblées qui ont consenti cette autorisation d'agir au pouvoir exécutif hésiteront à démolir ce qui a été ainsi construit (Voir Conseil d'Etat, 15 mars 1933; arrêt Amiot et de même, Cass. crim., 14 mars 1924. Antony (D. H., 1924, p. 302).

Ce procédé, qui a été imposé par la nécessité, ne l'oublions pas, présente, dit-on, de sérieux avantages; nous allons essayer d'en citer ici quelques-uns. Il permet tout d'abord, de suppléer à la lenteur des débats parlementaires; dans certains cas, il assure le secret, il permet de réaliser des réformes importantes que les Chambres auraient peut-être hésité à entreprendre (Réformes de 1926, par exemple). On montre d'ailleurs que le Conseil d'Etat

semble être favorable à de tels procédés et que, au fur et à mesure que s'élargit, en France, l'exercice du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat, se développe parallèlement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre ces actes; on peut donc voir, dans ce contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat une garantie, tant pour les intérêts de l'Administration que pour ceux des individus, au moins aussi sérieuse que la garantie donnée par un vote d'Assemblées parlementaires souvent incompétentes et toujours irresponsables (Voir arrêt du Conseil d'Etat : « Compagnie des Chargeurs d'Extrême-Orient », 3 août 1918, Rec. p. 815). L'exécutif a aussi l'avantage de pouvoir s'entourer de techniciens et de juristes lui permettant de réaliser des réformes judicieuses. Mais, hélas, le plus souvent, ces Décrets-lois présentent, au contraire, de sérieux inconvénients. Etant pris dans des périodes de crise, ils sont mal étudiés; chaque ministre travaille pour son compte et présente un projet qui lui est propre; pas de vue d'ensemble; ils sont trop rapidement rédigés, les réformes qu'ils réalisent sont trop radicales et ce procédé permet aussi trop souvent de faire aboutir des projets qui ont un but politique essentiel et de très lointains rapports avec le but poursuivi par la loi d'autorisation (Au sujet des inconvénients présentés par les Décrets-lois voir « Le régime de la transcription; sa refonte par le décret-loi du 30 octobre 1935 », par J. Vialar, thèse Montpellier, 1937).

Pays étrangers. — Ces mesures exceptionnelles ne sont pas spéciales à la France car la crise économique et financière qui nous a si rudement touchés et dans laquelle nous nous débattons encore, sévit dans presque tous les pays du monde. Dans ces divers pays, devant l'impuissance des Parlements à rétablir la situation, les Gouvernements se sont fait consentir ou se sont emparés des pleins pouvoirs. En Allemagne, à partir du 15 avril 1919, nous trouvons toute

une série de lois d'autorisation, puis on fait appel à l'article 48 de la Constitution accordant au Président, et maintenant au Führer le droit d'agir par ordonnances de nécessité. L'Angleterre voit l'état de guerre se prolonger jusqu'en 1921 (31 août). Le 29 octobre 1920 on vote une loi aux termes de laquelle l'exécutif peut, lors de circonstances exceptionnelles, déterminées, et même en temps de paix, outrepasser ses pouvoirs; ce fut « l'Emergency Law ». Cette loi a été fréquemment utilisée depuis. Le premier Emergency-Power-Act date du 31 mars 1931. En Autriche la loi de pleins pouvoirs votée le 10 juillet 1917, fut incorporée dans la Constitution de 1920. Le 22 novembre 1922 il y eut une loi accordant les pleins pouvoirs; il y en eut d'autres par la suite. La Belgique a aussi connu les lois de pleins pouvoirs; la première date du 16 juillet 1926; elle avait pour but, tout comme en France, d'éviter une catastrophe financière. Depuis 1937, le Brésil voit aussi s'accroître les pouvoirs de l'exécutif, tendance même vers la dictature. L'Italie avait, dès avant la guerre, connu le procédé des « décrets leggi » dans des circonstances graves. L'état de guerre est prolongé jusqu'au 31 octobre 1921. Dès que Mussolini arrive au pouvoir, fin octobre 1922, il va réagir contre l'impuissance du Parlement; le 17 novembre 1922 il dépose un projet de pleins pouvoirs financiers et économiques qui fut voté le 3 décembre. Autre loi d'autorisation le 24 décembre 1925. Enfin, la Loi constitutionnelle du 31 janvier 1926 légalise un pouvoir réglementaire de nécessité en principe illimité. Le mouvement fasciste est nettement anti-parlementaire, car il est justement né de la carence et d'un excès de désordre du parlementarisme. En 1924, la Pologne a à faire face à une grave crise financière; le cabinet Grabski ne peut la résoudre que par un recours à des règlements inconstitutionnels. L'article 25 de la Constitution révisée de 1926 organise le pouvoir réglementaire du Président d'une façon très large. En Suisse, le

régime des pleins pouvoirs dure jusqu'à un arrêté du 19 octobre 1921. Le Président Roosevelt a obtenu du Congrès Américain le vote de dispositions lui permettant de prendre toutes les mesures qu'il jugerait nécessaires, relativement à l'organisation économique et aux droits de douane. En 1929, le roi Alexandre de Yougoslavie supprime la Constitution et s'empare, pendant une année d'un pouvoir absolu.

Ces quelques exemples nous montrent que, dans tous les pays, aux heures graves, le Parlement se révèle impuissant à exercer les attributions qu'il avait souvent péniblement réussi à conquérir sur le pouvoir exécutif. Dans certains pays même, le pouvoir gouvernemental a profité du désordre pour s'emparer des attributions du Parlement non plus temporairement mais de façon définitive, et c'est ainsi que se sont installées certaines dictatures.

Dans la plupart des pays modernes, la civilisation et la transformation de la Société ont entraîné, comme conséquence, une intervention de plus en plus grande des pouvoirs publics dans des domaines nouveaux; à côté de cela, comme nous l'avons déjà signalé, tous les pays du monde ou presque ont traversé des périodes pénibles de crises économiques ou financières. Dans tous ces cas, il faut pouvoir agir rapidement et faire preuve d'une grande facilité d'adaptation; or, le plus souvent, nous nous trouvons en face d'Assemblées délibérantes dont la lenteur des débats et le manque de souplesse sont un grave inconvénient en de pareilles circonstances. Un autre danger réside dans le fait que la plupart des parlementaires hésiteront à prendre des mesures énergiques qui, le plus souvent, seront impopulaires; ils préféreront confier ce soin à l'exécutif et se laisser mettre devant le fait accompli, pensant ainsi dégager leur responsabilité vis-à-vis de leurs électeurs.

Le régime des décrets-lois est donc nettement contraire au principe de la séparation des pouvoirs et si l'on passe sur son inconstitutionnalité, c'est parce qu'il est imposé par la nécessité et, comme le dit André Tardieu (« L'Heure de la Décision », Paris 1934) : « Peut-on parler de droit en un temps où tout le monde s'incline sous la domination des faits ! » La nécessité seule a pu faire négliger l'incorrection du système et permettre ces lois d'autorisation qui tendent à devenir de plus en plus fréquentes de nos jours.

Les pleins pouvoirs peuvent être considérés comme ayant apporté un remède momentané aux difficultés qui ont assailli notre pays après la guerre de 1914-1918; mais nous ne pensons tout de même pas comme Dubois Richard (« L'organisation technique de l'Etat », Recueil Sirey, 1930, pp. 186 et suiv.) que si ces difficultés prenaient un caractère permanent, nous devrions rechercher des solutions plus définitives, organiser en un mot une certaine législation spéciale au temps de crise, qui permettrait d'instituer un déplacement modeste mais permanent de compétence en faveur du pouvoir exécutif. Cette législation spéciale, nous ne l'avons pas voulue, pour le temps de guerre, et nous ne l'admettons pas davantage pour le temps de crise. Ce dessaisissement du pouvoir législatif au profit du pouvoir exécutif nous préférons ne pas le prévoir à l'avance, ne pas l'organiser pour le rendre plus difficile. La crise que nous traversons finira bien un jour, ce jour-là chaque pouvoir reprendra sa place et l'intime collaboration entre l'exécutif et le législatif recommencera sans heurts. Puissent ces diverses expériences apporter quelques modifications heureuses aux mœurs parlementaires, car c'est vraiment là que réside la source du mal.

CONCLUSION

Nous voici arrivé au terme de l'étude que nous nous étions fixé, et il ne nous reste plus qu'à nous demander maintenant ce qu'il reste du principe de la séparation des pouvoirs dans la Constitution qui nous régit actuellement. L'historique que nous avons fait de la question nous montre que ce principe n'a été que très rarement appliqué en France, de façon absolue. La séparation stricte des pouvoirs ne joue que dans les périodes assez brèves où les idées révolutionnaires ont pu se donner libre cours; les résultats obtenus ne peuvent d'ailleurs être invoqués en faveur d'un tel système; après chaque essai il a fallu revenir, sinon à une formule de Gouvernement basé sur la confusion des pouvoirs, du moins à un régime où ces mêmes pouvoirs ne sont plus expressément séparés, mais collaborent pour le plus grand bien du pays : la Constitution de 1875 n'a pas fait autre chose que de consacrer cette collaboration en instituant le Gouvernement parlementaire.

Le régime de séparation absolue des pouvoirs a fait faillite, et nous ne le trouvons plus appliqué nulle part de nos jours. Les U. S. A., eux-mêmes, qui étaient fortement attachés à ce principe en 1787 admettent des atteintes de plus en plus nombreuses et semblent tendre vers le régime parlementaire. Ce sont les faits eux-mêmes qui ont imposé cette collaboration. De la séparation absolue ne peuvent naître que des conflits et la stagnation des affaires de

l'Etat. Cette formule n'est plus guère défendue que sous une forme très atténuée et qui s'éloigne, de plus en plus, du principe qui veut que chaque pouvoir soit nettement indépendant des autres.

La formule des constitutions nouvelles semble devoir être celle du Gouvernement parlementaire qui nous régit actuellement. Cette formule avait déjà été introduite en France avant la Constitution de 1875; nous allons voir quels sont ses rapports avec le principe de la séparation des pouvoirs. Une constatation s'impose tout d'abord; ce régime n'admet pas la confusion des pouvoirs puisqu'il crée des pouvoirs différents ayant des titulaires distincts : un exécutif et un législatif. Mais ces pouvoirs ne sont pas isolés, ils sont constamment en rapport. Quant à la Justice nous avons vu que l'on pouvait sans doute la considérer comme un pouvoir séparé, mais de second ordre. Le régime parlementaire est basé sur un certain contrôle du pouvoir exécutif par les Assemblées; mais en contrepartie l'exécutif a une certaine initiative en matière législative; ceci nous permet de conclure à la collaboration des deux pouvoirs.

Les textes constitutionnels ont sans doute bien organisé sur certains points les attributions propres à chaque pouvoir, allant même jusqu'à prévoir expressément, dans certains cas, l'empiètement d'un pouvoir sur l'autre, mais leur brièveté n'a pas permis de tout prévoir, elle laisse une large place à la coutume.

Deux faits ont donc permis essentiellement aux pouvoirs d'empiéter les uns sur les autres : la formule du Gouvernement parlementaire, qui n'admet pas une séparation stricte des pouvoirs et la brièveté de notre Constitution qui a permis, à la coutume, d'organiser certains empiètements.

Les premières atteintes au principe de la séparation des pouvoirs résident dans ce que nous avons nommé les limitations à la séparation. Ces empiètements, dont nous avons brièvement parlé, constituent sans nul doute une atteinte au principe, mais elle résulte du régime parlementaire et de la collaboration des pouvoirs que celui-ci entraîne. Comment faire collaborer des pouvoirs qui vivraient sans contact, si on ne leur permet pas d'avoir certains rapports. Tout ceci ne constitue d'ailleurs pas une atteinte tellement grave au principe de séparation. En Amérique même un certain nombre de ces limitations primitivement interdites par la Constitution de 1787 ont fini par s'introduire dans les mœurs, par des chemins détournés sans doute, mais le résultat est le même.

Beaucoup plus graves sont les atteintes que nous avons à proprement parler nommé les exceptions à la séparation des pouvoirs. Ici l'idée de collaboration passe souvent au second plan. La plupart de ces exceptions imposées par la nécessité qui n'a aucun caractère juridique ne sont pas déclarées inconstitutionnelles, justement parcequ'elles sont nécessaires. Nous en avons signalé un certain nombre, mais nous sommes bien loin d'en avoir étudié la totalité, il n'est pas un domaine du droit public dans lequel ne se soient glissées de telles exceptions !

Considérant ces limitations d'abord, ces exceptions ensuite, qui se font de plus en plus nombreuses, pouvons-nous conclure que notre Constitution admet le principe de la séparation des pouvoirs ? Le fait de créer des titulaires différents pour l'exercice des diverses fonctions de l'Etat, semble bien indiquer que dans ses grandes lignes la Constitution de 1875 fait appel à ce principe, mais dans ses grandes lignes seulement, car dès que nous entreprenons une étude plus détaillée de nos institutions, nous sommes obligés de constater que la

séparation est très atténuée. Les divers pouvoirs s'occupent, de façon accessoire sans doute, mais de plus en plus fréquemment de questions qui, sous un régime de séparation stricte des pouvoirs, seraient du ressort exclusif d'un seul pouvoir.

Il ne reste donc plus grand chose du principe si nettement posé par Montesquieu et si l'on a pu dire, dans certains cas, que les exceptions confirment la règle, ici elles sont tellement nombreuses qu'elles tendent à la supprimer. Les faits ont démontré l'inconvénient venant surtout du manque de souplesse de cette théorie. Aussi, si nous devons conclure aux dangers d'une confusion complète des pouvoirs, nous admettons l'impossibilité, pour un Etat moderne, de se conformer entièrement au principe de leur séparation.

La Constitution de 1875 a, sans doute, tenté d'établir un équilibre entre les deux grands pouvoirs de l'Etat, exécutif et législatif, au moyen du régime parlementaire, mais cet équilibre a été vite rompu et Raymond Poincaré écrivait déjà, à la fin du XIX^e siècle (*Revue de Paris*, 1898) : « On est arrivé à mélanger dans un effroyable désordre tous les rôles, toutes les responsabilités, si bien qu'à l'heure présente il n'y a plus rien qui ne soit faussé dans l'Etat. ni la puissance exécutive, ni la législative, ni la judiciaire et que sans congrès, sans révision, les mauvaises habitudes se sont chargées de bouleverser les éléments essentiels de la Constitution républicaine. »

L'équilibre entre les pouvoirs qui, à défaut de séparation, est nettement souhaitable dans un Etat n'a pas duré longtemps. Le Parlement n'a pas tardé à prendre une place prépondérante et Saturnin Scrp (Thèse Toulouse, 1906) admet et même approuve cette prépondérance du Parlement qui, dit-il : « Assure au peuple, dans la direc-

tion générale des affaires publiques, l'influence à laquelle il a droit. » Après une assez brève éclipse, de 1914 à 1918, la prépondérance du Parlement s'affirme avec force, non seulement chez nous mais dans les Etats nouveaux issus du traité de Versailles. En France, de 1926 à 1934, nous assistons même à une hypertrophie insupportable du pouvoir législatif aux dépens du pouvoir exécutif; il n'est plus question, non seulement de séparation entre eux, mais souvent même de collaboration, l'exécutif tendant à devenir un commis du Parlement. Les événements de Février 1934 sont une réaction contre cet essai du Gouvernement conventionnel. La gravité de la crise, tant en France que dans les pays étrangers et l'incapacité des Parlements à rétablir la situation, ont amené le pouvoir législatif à se dessaisir d'une partie de ses attributions au profit du Gouvernement; nous assistons même à la naissance de quelques dictatures et à une tendance générale vers une extension des attributions de l'exécutif. Roland Maspétiol (« L'Etat et son pouvoir », Paris 1937, édit. A. Pédone), nous dit même qu'il faut accorder la primauté au pouvoir exécutif car « c'est en lui que réside, avec la plus grande force, la faculté de commandement, essence véritable de l'Etat. »

Malgré les atteintes au Gouvernement parlementaire, jusqu'ici la France, sauf peut-être pendant les premiers mois de la guerre de 1914, ne s'est jamais trouvée soumise à une véritable dictature de la part de l'exécutif, ni à un Gouvernement conventionnel. La collaboration entre les pouvoirs a été bien souvent réduite, mais elle n'a jamais complètement cessé.

De cette étude se dégage, tout d'abord, une idée de collaboration entre les pouvoirs, collaboration qui a rarement lieu sur un pied d'égalité puisque, selon les circonstances, la prépondérance appartient tantôt à l'exécutif, tantôt au législatif et ensuite, ce qui est beaucoup plus

grave, d'empiètements répétés et abusifs d'un pouvoir sur l'autre. Pouvons-nous dire, après cela, que notre Constitution admet la séparation des pouvoirs ? Sans doute, dans ses grandes lignes entend-elle se référer à ce principe, mais les atteintes qu'il subit dans la pratique le font presque totalement oublier.

De nos jours donc, nous ne devons plus songer à organiser une séparation stricte des pouvoirs, mais au contraire leur collaboration; celle-ci devant, toutefois, être réglée de manière à empêcher que l'un des pouvoirs ne puisse étendre, arbitrairement ses attributions et finir ainsi un jour par absorber tous les autres.

Montpellier, le 6 Juillet 1938
Vu : Le Président de la Thèse
DE NESMES DESMARETS

Montpellier, le 9 Juillet 1938
Vu : le Doyen de la Faculté de Droit
G. MORIN

Vu et permis d'imprimer
Montpellier, le 9 Juillet 1938
Le Recteur,
H. PARISELLE

Imprimerie MAZET-PONS
64, av. Gambetta - Béziers

